Das

Recht des Gemeingebrauchs.

Zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Juristenfakultät zu Rostock vorgelegte Dissertation

von

Baumbach,

Referendar.

Frankfurt a. M.

Druckerei Gebrüder Fey.

1898.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552726_0020

Das

Recht des Gemeingebrauchs.

Zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

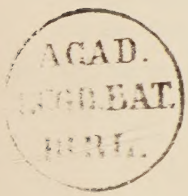
der

Juristenfakultät zu Rostock vorgelegte Dissertation

von

Baumbach,

Referendar.



Frankfurt a. M.

Druckerei Gebrüder Fey.

1898.

Inhaltsübersicht.

Seite

Vorwort 5

I. Begriff des Gemeingebrauchs.

§ 1. Ausscheidung der allgemeinen Sachen 9
§ 2. Die Gemeingebrauchsberechtigten im allgemeinen . . . 10
§ 3. Die im einzelnen Fall Gemeingebrauchsberechtigten . . 13
§ 4. Die Objekte des Gemeingebrauchs 15
§ 5. Art und Inhalt des Gebrauchs 18
§ 6. Unmittelbarkeit des Gebrauchs 21

II. Dingliche Rechte an Gemeingebrauchssachen.

§ 7. Eigentum. Möglichkeit 23
§ 8. Charakter und praktische Bedeutung des Eigentums. Sonstige dingliche Rechte 29

III. Begründung, Veränderung, Beendigung des Gemeingebrauchs.

§ 9. Begründung des Gemeingebrauchs 33
§ 10. Regelung des Gemeingebrauchs durch die Obrigkeit . 36
§ 11. Beendigung des Gemeingebrauchs 42

IV. Rechtliche Natur des Gemeingebrauchs.

§ 12. 43

V. Rechtsschutz des Gemeingebrauchs.

§ 13. Schutz des Gemeininteresses 45
§ 14. Schutz des Einzelinteresses 47

VI. Sondernutzungsrechte an Gemeingebrauchssachen.

§ 15. 58

Das Recht des Gemeingebrauchs.

Einleitung.

Die Lehre vom Gemeingebrauch war bis vor nicht zu langer Zeit noch eines der am allerstiefmütterlichsten behandelten Gebiete des Rechts. Das corpus iuris ist bezüglich dieser Lehre nicht sehr ausgiebig. Es beschränkt sich im allgemeinen darauf, die zum Schutz des Gemeingebrauchs vom Prätor gegebenen Interdikte zu behandeln. Die römisch-rechtliche Theorie hat sich gleichfalls mit den hier in Betracht kommenden Fragen bis vor Kurzem nicht so beschäftigt, wie es der bei den ungeheuren Fortschritten der Industrie stets wachsenden Bedeutung des Gemeingebrauchs entspricht. Soweit sie sich mit ihnen beschäftigte, hat sie infolge ihres starren Festhaltens an der römischen Lehre von der Verkehrsunfähigkeit der öffentlichen Sachen, die doch den heutigen Verhältnissen gar nicht mehr gerecht wird und auch im Leben keinen Boden mehr hat, recht wenig zu ihrer Fort-

entwickelung beigetragen. Namentlich versuchte man es gar nicht, die diesbezüglichen Lehren unter dem Begriff des Gemeingebrauchs systematisch zu vereinigen. Man behandelte nur einzelne Gemeingebrauchssachen, die öffentlichen Wege und die öffentlichen Flüsse, und trug die für diese geltenden Rechtssätze zusammen. So kommt es denn, dass noch jetzt keine Monographie des Gemeingebrauchs besteht, während z. B. das Wasserrecht eine fast unübersehbare Litteratur hat. Freilich hat sich neuerdings hierin manches gebessert. Den ersten Anstoss dazu gab meines Wissens Ihering, der zuerst die privatrechtliche Natur des Gemeingebrauchsrechts hervorhob. Seitdem haben Bekker und Regelsberger in ihren Pandekten die bis dahin vermisste, oben erwähnte systematische Behandlung vorgenommen, die aber, wie es sich in einer wenige Bände umfassenden Arbeit über das gesamte Pandektenrecht von selbst versteht, trotz vieler neuer Gesichtspunkte nicht sehr ausführlich ist. Eine ausführliche, und, soweit es bei dem verfolgten Zweck möglich war, systematische Darstellung hat Ubbelohde in Glück's Pandekten-Kommentar bei Gelegenheit der Bearbeitung der von den öffentlichen Sachen handelnden Titel des 43. Buches der Pandekten versucht. Immerhin wird er durch den Charakter des Werkes als Kommentar häufig genötigt, abzuschweifen und die systematische Darstellung zu unterbrechen.

Die Praxis hat ihre Aufgabe im allgemeinen besser gelöst als die Theorie. Sie hat mehr als jene sich bemüht, die römischen Bestimmungen den modernen Bedürfnissen anzupassen und die überlieferten Grundsätze fortzubilden.

Doch hat auch sie oft zu sehr an den römischen Begriffen geklebt, ohne Rücksicht darauf, ob diese Begriffe heutzutage noch eine materielle Grundlage haben.

Die moderne Gesetzgebung hat, was vielleicht kein Fehler ist, trotz ihrer fieberhaften Thätigkeit für das Recht des Gemeingebrauchs wenig genug abfallen lassen. Auch das bürgerliche Gesetzbuch verzichtet auf jede Regelung der einschlägigen Fragen. In den gemeinrechtlichen Gebieten wird demnach auch nach dem 1. Januar 1900 das römische Recht bezüglich ihrer in Geltung bleiben.

Diese Arbeit hat nun den Zweck, das Recht des Gemeingebrauchs, so wie es sich im heutigen gemeinen Recht darstellt, systematisch zu behandeln. Es wird dabei von rechtsgeschichtlichen Fragen, soweit ihre Erwähnung bei der Entwicklung des Systems nicht unentbehrlich ist, völlig abgesehen. Ebenso finden die einzelnen Gebiete des Gemeingebrauchsrechts (Wege-, Wasserrecht u. s. w.) nur insoweit Berücksichtigung, als sie Besonderheiten bieten. Auf Einzelheiten muss dagegen bei der Behandlung des Rechtsschutzes eingegangen werden, da hier eben nur die einzelnen Gebiete des Gemeingebrauchs, nicht aber das gesammte Recht, in Rom geschützt wurden.

Die Arbeit macht auf nichts weniger Anspruch, als vollständig zu sein. Dazu wären dicke Bände erforderlich. Sie will nichts als einen Überblick gewähren und hier und da auf eine andere Möglichkeit der Betrachtung hinweisen oder auch wohl einen neuen Gesichtspunkt entwickeln.

Die Praxis hat, soweit sie sich in den Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen (bis Bd. XXXVIII) und in Seuffert's Archiv (bis Bd. LI[1]) findet, eine, wie ich glaube, ziemlich ausführliche Berücksichtigung gefunden.

---

[1]) Bei den nach der grossen Justizreform 1879 erfolgten Entscheidungen ist das erkennende Gericht in Klammern beigefügt. Bei Ermangelung anderweiter Angaben bezeichnet der in Klammern stehende Name ein Oberlandesgericht.

I. Begriff des Gemeingebrauchs.

§ 1.

Ausscheidung der allgemeinen Sachen.

Bei der Bestimmung des Begriffes des Gemeingebrauchs erscheint es praktisch, nach dem Vorgang Regelsberger's[1]) und Bekker's[2]) die sogenannten allgemeinen Sachen (res communes omnium) aus dem Rahmen der Gemeingebrauchssachen gänzlich auszuscheiden. Diese Sachen, Luft, Meer, freifliessende Wasserwelle[3]), haben mit den eigentlichen Gemeingebrauchssachen das gemein, dass sie dem Gebrauche aller hingegeben sind; sie sind es sogar im denkbar grössten Masse. Aber anderseits unterscheiden sie sich von jenem dadurch, dass sie als Ganzes naturgemäss gar nicht anders als im Gemeingebrauch stehen können. An ihnen sind thatsächlich keine Rechte möglich. Es giebt kein Recht auf Luft oder an der Luft[4]). Eine Behinderung des Einzelnen enthält eine direkte Verletzung der Person und könnte neben strafrechtlichem Einschreiten privatrechtlich nur die actio iniuriarum erzeugen[5]), falls man diese für noch praktisch hält. Sonach unterscheiden sich die allgemeinen Sachen wesentlich von den eigentlichen Gemeingebrauchssachen und werden daher im Interesse einer einheitlichen Behandlung am besten von ihnen losgelöst.

---

[1]) Pandekten I. 1893.

[2]) System des heutigen Pandektenrechts I. 1886.

[3]) Bez. letzterer A. M. v. Roth, Deutsches Privatrecht 1880, Bd. I. § 79, 3 (S. 432).

[4]) v. Brinz, Lehrbuch der Pandekten I. 2. Aufl. 1873, § 128, S. 465.

[5]) Dernburg, Pandekten I. § 69 [11], 4. Aufl. 1894.

§ 2.

Die Gemeingebrauchsberechtigten im allgemeinen.

Gemeingebrauchsberechtigt kann, wie ohne weiteres erhellt, nur sein eine Mehrheit physischer Personen. Die genauere Begrenzung macht Schwierigkeiten.

Nach der im vorigen Paragraphen vorgenommenen Beschränkung der Gemeingebrauchssachen ergiebt sich als weitester Kreis von Berechtigten die Angehörigen eines Staats. Es liegt nicht im Wesen des Gemeingebrauchs, den Mitgliedern grösserer Kreise, etwa allen Menschen, die Berechtigung zu gewähren [1]). Thatsächlich erstreckt sich der Gemeingebrauch in den zivilisierten Staaten sehr oft auf alle. An sich hat der Ausländer aber ebenso wenig Anspruch auf ihn wie auf irgend eine andere Rechtseinrichtung des Inlands. Er erhält diesen Anspruch erst in Folge von Staatsverträgen oder aus sonstigen völkerrechtlichen Gesichtspunkten.

Bei weiterer Betrachtung zeigt sich bald, dass Bekker's [2]) nähere Charakterisierung der Gebrauchsberechtigten als grössere Kreise unzureichend ist. Mit Recht bemerkt Regelsberger, dass Vergnügungsgesellschaften oft grösser sind als Gemeinden. Er selbst will statt dessen richtig den Gemeingebrauch im technischen Sinn daran erkannt wissen, dass durch ihn ein öffentliches Interesse befriedigt wird. Er giebt jedoch selbst zu, dass dieses letztere ein Begriff von unsicherer Begrenzung sei.

Es bedarf daher näherer Untersuchung darüber, wann der Begriff des öffentlichen Interesses als vorliegend zu erachten und infolge dessen das Bestehen eines wirklichen Gemeingebrauchs anzunehmen ist.

Zunächst darf keine Beschränkung des Gebrauchs auf die Mitglieder einer der Zahl nach ein für allemal abge-

[1]) Regelsberger I. § 113, II. A. M. Bekker I. § 77, 2, Randa, Eigentumsrecht, 1, 2. Aufl. § 3, II. 1. S. 40, welcher letztere sogar immer die Allgemeinheit für berechtigt hält.

[2]) § 113 A. 1.

grenzten Personenmehrheit bestehen. Eine Sache wird sich also niemals im Gemeingebrauch befinden, wenn die Zahl der Gebrauchsberechtigten von vornherein etwa auf 30, 500, festgesetzt wäre. In einem solchen Fall würde bei Wegfall eines Berechtigten ein anderer in dessen Stelle aufrücken können, aber dies geschähe doch immer nach bestimmten Grundsätzen, vielleicht nach einer im voraus geregelten Reihenfolge oder durch Wahl der Berechtigten. Jedenfalls läge ein öffentliches Interesse am Gemeingebrauch nicht vor, da der Gebrauch nicht unmittelbar einer Allgemeinheit, sondern nur jedesmal individuell fest bestimmten Personen zugute käme.

Ebensowenig kann offenbar Gemeingebrauch vorliegen zu gunsten der Mitglieder einer bestimmten Familie, mag sie auch, wie manche adlige Familien, eine grosse Anzahl von Personen umfassen. Hier liegt eben immer nur ein Privatinteresse vor.

Dasselbe ist der Fall bei Vereinigungen zu privaten Zwecken: Vergnügungsgesellschaften, wirtschaftlichen Genossenschaften und ähnlichen. Nicht anders aber auch bei Privatvereinigungen zu öffentlichen Zwecken, wie z. B. politischen Parteien oder Vereinen. Letztere können an sich ja sehr wohl Sachen in den allgemeinen Gebrauch ihrer Mitglieder stellen, z. B. Bibliotheken, aber diese Sachen treten damit noch nicht in den Gemeingebrauch. Denn einmal vereinigt sich in den Parteien nur ein beschränkter Teil der Staats- oder Gemeindeangehörigen und ferner umfassen erstere immer nur eine bestimmte, gleiche politische und wirtschaftliche Interessen verfolgende Personenmehrheit. Wenn daher eine Sache im ausschliesslichen Gebrauch einer derartigen Personenmehrheit steht, so liegt kein öffentliches Interesse daran vor, sondern nur ein rein privates der Beteiligten.

Nicht anders liegt die Sache bei Vereinigungen gewisser Berufskreise[1]) oder Stände: Kaufleute, Beamte, Heeresangehörige, Adlige. Auch hier kommen nicht die Interessen der Allgemeinheit, sondern eben nur die privaten dieser Kreise bei einem etwaigen allgemeinen Gebrauch in Betracht.

[1]) A. M. Bekker § 78 A. b.

Unbestritten kann dagegen Gemeingebrauch an einer Sache bestehen zu gunsten der Angehörigen des Staats, der politischen Gemeinden, derjenigen der Kreise, Provinzen u. s. w., ebenso auch zu gunsten der Mitglieder von Orts- oder Landarmenverbänden und ähnlichen, d. h. also zu gunsten der Mitglieder einer politisch organisierten Gemeinschaft. [1])

Bei dieser Gruppe tritt das Charakteristische des öffentlichen Interesses deutlich vor Augen.

Es liegt darin, dass nicht nur für bestimmte Personen oder bestimmte, gemeinsame Interessen verfolgende Gesamtheiten durch den Gebrauch Vorteile entstehen, sondern dass jedem Einzelnen aus den in der öffentlichen Körperschaft vereinigten Parteien, Ständen, Berufen, durch das allen gewährte gleiche Recht des Gebrauchs rechtlich gleiche Vorteile erwachsen.

Den Gemeinden in verwaltungsrechtlicher Beziehung gleichgestellte Körperschaften stehen ihnen auch bezüglich der Gemeingebrauchsberechtigung ihrer Mitglieder gleich, z. B. selbstständige Gutsbezirke.

Ausgeschlossen ist dagegen der Gemeingebrauch zu gunsten der Mitglieder von kleineren, nicht politisch organisierten Bezirken, z. B. Stadtteilen.

Ferner ist allgemein anerkannt, dass die Mitglieder der Kirchen gemeingebrauchsberechtigt sein können.

Das öffentliche Interesse ergiebt sich aus der Bedeutung der Kirche für das Staatsleben, die schon in deren durchaus öffentlich-rechtlicher Organisation zu Tage tritt.

Gemeingebrauchsberechtigt sind demnach denkbarerweise die Mitglieder der preussischen Landeskirche, die eine innerhalb der Staatsgrenzen fest abgeschlossene Korporation ist. Berechtigt können aber auch sein alle Katholiken, oder alle Reformierten, alle Evangelischen u. s. w. Preussens, Bayerns,

[1]) Ein „Weg nur für Ortsangehörige“ kann daher in echtem Gemeingebrauch stehen, da seine Benutzung allen Mitgliedern der Gemeinde als solchen ohne Unterschied zusteht.

Deutschlands. Diese sind in ihrer Gesamtheit allerdings keiner abgeschlossenen kirchlichen Organisation unterworfen, da sie keiner Staatsreligion in dem Sinn angehören, dass innerhalb des Staatswesens ein Oberhaupt und eine feste Organisation bestände. Aber man wird hier die Staatsgrenzen auch als Grenzen für die Kirchen betrachten dürfen, wie die Gesetzgebung ja auch die ganze katholische oder protestantische Kirche innerhalb ihres Staatsgebiets umfassende Gesetze giebt. Als grösster Kreis ergiebt sich hier demnach: alle Katholiken u. s. w. Deutschlands, dann Preussens, Bayerns u. s. w.

Die Möglichkeit der Gemeingebrauchsberechtigung bezieht sich jedoch nur auf die Mitglieder der staatlich anerkannten Kirchen, in Preussen also nur auf die Angehörigen der Kirchen, denen von Seiten des Staats die Korporationsrechte verliehen sind, nicht auf diejenigen der Sekten, die mangels dieser Verleihung als reine Privatgesellschaften betrachtet werden. Dies ergiebt sich daraus, dass für die Gemeingebrauchsberechtigung der Mitglieder der Kirchen ja gerade der Umstand, dass letztere öffentlich-rechtlich organisiert sind, ausschlaggebend ist.

Auch den Angehörigen der einzelnen Kirchengemeinden wird man die Gemeingebrauchsberechtigung zugestehen müssen. Denn sie sind organisierte Bestandteile der Gesamtkirche, wie die politischen Gemeinden solche des Staats.

Das Endergebnis dieser Untersuchung ist demnach: Gemeingebrauchsberechtigt können nur sein die Mitglieder politisch oder kirchlich organisierter Personenmehrheiten, oder solcher Teile der letzteren, die unter eigener Verwaltung stehen.

§ 3.

Die im einzelnen Fall Gemeingebrauchsberechtigten.

Bis hierher ist nur auseinandergesetzt worden, wer ganz im allgemeinen gemeingebrauchsberechtigt sein kann. Es ist nun noch einiges darüber zu bemerken, welche von den verschiedenen möglichen Berechtigten im einzelnen Falle für berechtigt zu halten sind.

Ihering[1]) und nach seinem Vorgang Ubbelohde[2]), betrachten nur die Angehörigen des Gemeinwesens (oder des Staats), dem die Gemeingebrauchssache gehört, als berechtigt und lassen dem Fremden den Genuss nur in Form einer „Reflexwirkung" zu gute kommen.

Diese Ansicht scheint mir nicht richtig. Im Gegenteil, wenn keine besondere Beschränkung des Gemeingebrauchs auf die Mitglieder der Gemeinde getroffen ist, sind nicht bloss diese, sondern alle Staatsangehörigen als berechtigt zu erachten[3]). Dies zeigt sich schon in dem Umstand, dass in Ermangelung einer Beschränkung der gedachten Art es jemandem gar nicht verwehrt werden kann, die Strassen, Plätze u. s. w. zu benutzen. Wohin sollte man auch mit der gegenteiligen Ansicht kommen? Der Ortsfremde kann heutzutage in einer Stadt durchaus nicht unterscheiden, welche öffentlichen Strassen der Gemeinde und welche einem Kommunalverband oder dem Staat gehören. Würde er aber in dem Gebrauch einer Strasse gestört, so müsste er erst ausfindig machen, ob die betreffende Strasse eine Staatsstrasse war, zu deren Benutzung er ein Recht hat, oder eine Kommunalstrasse, deren Benutzung ihm nur thatsächlich gestattet war, ohne dass ihm daraus Rechtsansprüche erwachsen.

Die Aufwendungen, die die Obrigkeit eines Gemeinwesens für die Gemeingebrauchssachen macht, und die nun auch anderen zu gute kommen, liegen dabei ja doch nur in dem eigenen wohlverstandenen Interesse der Gemeinde. Denn wenn eine solche sich bezüglich des Gebrauchs ihrer öffentlichen Sachen hermetisch von der Aussenwelt abschliessen wollte (falls dies überhaupt möglich wäre), so würden sich wohl sehr bald die schlimmsten Folgen zeigen. Sie wird

[1]) Geist des röm. Rechts III. 1, Text nach Anm. 479.

[2]) Ubbelohde in Glück's Pandekten-Kommentar zu Buch 43 und 44, 4. Teil, 1893 (im Folgenden immer zitiert: Ubbelohde) S. 61 f.

[3]) Vgl. S.A. V. 3. Entsprechend sind wohl bei Kirchensachen alle Religionsangehörigen des Staats, nicht nur die der Kirchengemeinde, im Zweifel gemeingebrauchsberechtigt.

durch ihre eigenen Interessen gezwungen, auch anderen als den Gemeindeangehörigen das Gemeingebrauchsrecht zuzugestehen.

Selbstverständlich kann der Gemeingebrauch einer Sache durch besondere Bestimmungen auf die Mitglieder einer Gemeinde, eines Kreises, einer Religionsgemeinde u. s. w. beschränkt werden. Diese Beschränkung liegt bei einzelnen Gemeingebrauchssachen auch schon in der Natur der Sache z. B. bei Rathäusern. Im allgemeinen aber ist an dem vorhin entwickelten Grundsatz des Rechts aller Staatsangehörigen [1]) festzuhalten.

§ 4.

Die Objekte des Gemeingebrauchs.

Objekte des Gemeingebrauchs können sowohl unbewegliche wie bewegliche Sachen sein. Bezüglich letzterer verneint dies Bekker [2]), der aber kurz darauf [3]) selber zugiebt, dass z. B. an Bibliotheken Gemeingebrauch bestehen kann. In diesem Falle steht allerdings nicht nur die Bibliothek im Gemeingebrauch, sondern auch das Grundstück, auf dem sie sich befindet, da sie ja sonst natürlich nicht benutzt werden könnte. Aber der Gemeingebrauch an der Bibliothek ist doch mit dem an eben diesem Grundstück nicht unlöslich verknüpft, er kann vielmehr ebenso gut fortbestehen, wenn die Bibliothek auf ein anderes Grundstück übertragen wird [4]).

Dagegen können im Gemeingebrauch nur Sachen stehen, die eine dauernde Benutzung zulassen. Damit ist eine gewisse Abnutzung innerhalb eines längeren Zeitraumes natürlich nicht unverträglich, insofern sie sich auf ein relativ geringes Mass beschränkt.

Gemeingebrauchssachen sind im Einzelnen namentlich die öffentlichen Flüsse, Seen, Kanäle, Häfen; die Ufer der

---

[1]) Bezügl. der Ausländer vgl. § 2.
[2]) Bekker § 78 A. f.
[3]) § 78 A. m.
[4]) In demselben Sinn Ubbelohde S. 25 A. 18.

öffentlichen Flüsse [1]), Kanäle, Seen, und das Meeresufer [2]) (letzteres erst im heutigen Recht); ferner Strassen und andere Wege, Plätze, Brücken, Kirchen, Kapellen, Friedhöfe, Markthallen und viele andere. Es können ferner im Gemeingebrauch stehen: Bibliotheken, Herbergen, Krankenhäuser, öffentliche Badeanstalten und ähnliche.

Dernburg [3]) und nach ihm Ubbelohde [4]) haben aus den Gemeingebrauchssachen die „dem öffentlichen Dienst gewidmeten" ausscheiden zu müssen geglaubt. Dies ist unbegründet. Wenn man auch hier die im vorigen Paragraphen entwickelten Grundsätze anwendet, so findet man, dass die genannten Sachen in zwei Gruppen zerfallen. Im Gemeingebrauch stehen diejenigen dem öffentlichen Dienst gewidmeten Sachen, die dem unmittelbaren Gebrauch der Mitglieder einer politisch oder kirchlich organisierten Personengesamtheit dienen. Das sind namentlich Rathäuser, Gerichtsgebäude u. s. w., denn sie stehen thatsächlich in allgemeinem Gebrauch [5]). Jeder Staatsangehörige, der sein Recht sucht oder der einer öffentlichen Gerichtsverhandlung beiwohnen will, hat das Recht, das Justizgebäude zu betreten, jeder Gemeindeangehörige, der im Rathause etwas zu thun hat, sich zu erkundigen wünscht, bei einer öffentlichen Stadtverordnetensitzung zuhören will, hat das Recht, das Rathaus zu betreten. Ebenso kann es bei Parlamentsgebäuden sein. Freilich besteht hier bisweilen aus dem Grund kein Gemeingebrauch, weil zum Besuch der Tribünen besondere Karten ausgegeben werden [6]), die natürlich auch verweigert werden können, weil also, mit anderen Worten, eine Zulassung zum Gebrauch stattfindet (vgl. später).

Kein Gemeingebrauch besteht dagegen bei solchen dem öffentlichen Dienst gewidmeten Sachen, deren Gebrauch nicht

[1]) S.A. II. 260.

[2]) Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, I. 2. Aufl. 1882. § 64, 1; R.G. I. 131.

[3]) I. § 71 S. 167.

[4]) S. 26.

[5]) Windscheid I. § 146, 4, nimmt gleichfalls Gemeingebrauch an, aber auch, wenn kein allgemeiner Gebrauch besteht.

[6]) So ist es m. W. z. B. beim deutschen Reichstagsgebäude.

unmittelbar der Allgemeinheit, sondern nur bestimmten Personenklassen freisteht. So z. B. bei Gefängnissen, Schulgebäuden, Zeughäusern, Kasernen und anderen. Es steht keineswegs jedem frei, ein Gefängnis ohne weiteres als Aufenthaltsort zu benutzen, was im Winter bei grosser Kälte manchem vielleicht gar nicht unerwünscht wäre, es hat keineswegs jeder das Recht, in einem Schulgebäude zu verweilen, und ebensowenig in einer Kaserne u. s. w.

Wie aus dem Bisherigen ersichtlich ist, haben seit den Zeiten der Römer manche Sachen die Eigenschaft als Gemeingebrauchssachen gewonnen. Andererseits giebt es aber auch solche, die sie verloren haben, wie z. B. Theater.

Zu den Gemeingebrauchssachen gehören nach obigem auch die Bahnhöfe, Post- und Telegraphengebäude und ähnliche. Eine andere Frage ist, ob auch an der Eisenbahn [1]), der Post, der Telegraphenanstalt Gemeingebrauch besteht. Bezüglich des Bahnkörpers ist ein solcher ja ohne weiteres auszuschliessen [2]). Er besteht aber auch nicht an der Anstalt. Allerdings haben die Eisenbahnen nach § 453 St.-G.-B. und § 6 Verk.-O. die Verpflichtung, Güter und Personen zur Beförderung anzunehmen, soweit die allgemeinen Bedingungen erfüllt werden und keiner der besonders normierten Ausnahmegründe vorliegt. Entsprechendes wird von der Post und den übrigen öffentlichen Verkehrsanstalten zu gelten haben [3]). Es besteht also an allen diesen Anstalten unzweifelhaft ein allgemeiner Gebrauch, der aber doch deshalb nie ein Gemeingebrauch sein kann, weil ihm das Erfordernis der Unmittelbarkeit (worüber später) fehlt. Die Berechtigung zum Gebrauch wird erst gewonnen durch einen Vertrag mit dem Unternehmer. Die Vertragsnatur ist zwar von Schott [4])

[1]) Dafür z. B. Dernburg I. § 72. A. 4, der die Eisenbahnen unter den Begriff der öffentl. Strassen bringt; ebenso Wappäus, Dem Rechtsverkehr entzogene Sachen, Göttingen 1867, S. 107. Dagegen die herrschende Meinung und S.A. X. 165.

[2]) R.G. XXXV. 36 S. 154.

[3]) Vgl. § 6 Post-Ges. § 1 Telegr.-Ordg.

[4]) In Endemann's Handbuch III. § 364 S. 525; § 366, IV. S. 539; § 372 V. 1. S. 590; bezügl. der Postgeschäfte widerlegt von Schmidt in Gruchot's Beiträgen, XXXIII. S. 202, 2.

bestritten worden, aber er hat damit keinen Anklang gefunden. Es ist vielmehr daran festzuhalten, dass mit den Verkehrsanstalten in jedem einzelnen Falle ein regelrechter Vertrag, ein Werkverdingungsvertrag, abgeschlossen wird, bei dem Leistung und Gegenleistung sich gegenüberstehen. An der Natur des Vertrags kann der Umstand, dass der eine Teil zu seiner Abschliessung verpflichtet ist, nichts ändern [1]). Da aber niemals Gemeingebrauch da bestehen kann, wo das Recht zum Gebrauch erst durch Vertrag gewonnen wird, so liegt hier kein solcher vor.

§ 5.

Art und Inhalt des Gebrauchs.

Art und Inhalt des Gemeingebrauchs regeln sich nach den von dem dazu Berechtigten (Gesetzgeber, Stifter, Polizei) gegebenen näheren Bestimmungen [2]) [3]). In Ermangelung solcher ist massgebend die Ortsübung, d. h. es kann der Gebrauch stattfinden, der an dem Ort, wo die Sache sich befindet, von einer derartigen Sache von der Allgemeinheit der Regel nach gemacht wird [4]). Wird also ein zum Fahren geeigneter

[1]) Wenn eine Firma sich vertragsmässig gegenüber einer anderen verpflichtet, ihr innerhalb eines gewissen Zeitraums von einer bestimmten Warengattung beliebige Mengen zu einem ein für allemal bestimmten Preis zu liefern, so wird doch auch unzweifelhaft jedesmal, wenn die berechtigte Firma diesen Bedingungen gemäss eine bestimmte Warenmenge verlangt und erhält, ein richtiger Vertrag abgeschlossen. Trotzdem ist der eine Teil zu seiner Abschliessung verpflichtet.

[2]) Bei einem gestifteten Gemeingebrauch, bei dem die Sache im Eigentum des Stifters bleibt, ist daher die Behörde nicht befugt, den Gemeingebrauch über das bei der Stiftung festgesetzte Mass auszudehnen oder irgend welche ausserhalb des letzteren liegende Verfügungen vorzunehmen. Anders S.A. XXIX. 213, wo in einem solchen Falle bei einer Landstrasse der Staat für berechtigt gehalten wird, einer Gesellschaft die Legung einer Wasserleitung in dieser zu gestatten.

[3]) Gegen einen über das erlaubte Mass hinausgehenden Gebrauch hat der Eigentümer der Sache die negatoria S.A. XXXII. 181.

[4]) S.A. V. 3 macht die Art der Benutzung bei Wegen lediglich von dem nach Personen und Zeiten wechselnden und verschiedenartigen Bedürfniss der Berechtigten abhängig. Dies dürfte zu Unbilligkeiten führen.

Weg ohne Beschränkung dem Gemeingebrauch übergeben, so darf er auch zum Fahren benutzt werden.

Andererseits ist eine Trambahngesellschaft nicht berechtigt, ihn ohne Weiteres zur Legung eines Trambahngeleises zu gebrauchen [1]).

Wird eine bisher im Privatgebrauch stehende Sache dem Gemeingebrauch übergeben, so ist massgebend die bisherige Benutzung. Ebenso verhält es sich bei durch unvordenkliche Übung in den Gemeingebrauch gekommenen Sachen [2]).

An den verschiedenen Gemeingebrauchssachen findet naturgemäss ein sehr verschiedener Gebrauch statt. Immer gilt aber, dass rechtlich jeder Berechtigte den gleichen Gebrauch hat [3]). Thatsächlich können jedoch einzelne Personen (z. B. Anlieger) oft einen grösseren und besseren Gebrauch von der Sache machen als die übrigen [4]).

Der Gebrauch muss ferner in ordnungsmässiger Weise erfolgen. Es darf durch den Gebrauch des Einzelnen der der Gesammtheit nicht beeinträchtigt werden. Z. B. darf ein öffentliches Gewässer nicht derart vom Einzelnen zur Bewässerung benutzt werden, dass es etwa zur Schiffahrt untauglich würde [5]) [6]). Oder es darf durch den Einzelnen

---

[1]) Randa, Eigentum S. 45 § 3 (zu A. 19).

[2]) Ubbelohde S. 31.

[3]) S.A. V. 3 (S. 67). VIII. 110. R.G. XVI. 31. S.A. L. 76 (Bayr. Ob. Ldsger.).

[4]) S.A. XXII. 197 S. 305. — S.A. XXVII. 206 will die Rechte der Anlieger an öffentl. Flüssen als besondere Gruppe von Rechten an diesen auffassen. Dies ist unrichtig. Der Anlieger hat nur thatsächlich ausgedehnteren Gebrauch an dem Fluss, nicht rechtlich. Der Nichtanlieger kann, soweit es ihm möglich ist, alle im Rahmen des Gemeingebrauchs liegenden Vorteile aus dem Fluss ziehen (vgl. § 15 am Ende).

[5]) Es dürfen ferner nur solche Anlagen zum Zwecke des Gemeingebrauchs an einem Fluss vorgenommen werden, die diejenigen der übrigen Berechtigten nicht beeinträchtigen. S.A. XXIII. 204.

[6]) Daher ist auch der, der Wasser zu Bewässerungszwecken aus einem öffentl. Fluss ableitet, verpflichtet, es, soweit es durch den genannten Zweck nicht aufgebraucht wird, wieder in den Fluss zurückzuleiten (vorausgesetzt, dass er kein Sondernutzungsrecht hat). R.G. VIII. 34. Neuere Gesetze sprechen diesen Grundsatz ausdrücklich aus. — Bei

an einer Gemeingebrauchssache keine Abnutzung stattfinden, die über das Mass der durch ordnungsmässigen Gebrauch unvermeidlich herbeigeführten hinausgeht.

Beschränkungen des Gemeingebrauchs sind nach dem Vorhergehenden im allgemeinen nur möglich, insoweit sie Art oder Umfang des Gebrauchs der Allgemeinheit betreffen [1]). Es können aber unter Umständen auch aus der Zahl der Berechtigten einzelne Personengattungen ausgeschieden werden, und zwar wenn letztere nach der herrschenden Sitte oder aus persönlicher Ungeeignetheit keinen oder nur einen die Übrigen beeinträchtigenden Gebrauch von der Sache machen könnten. Ersteres trifft z. B. zu, wenn bei der Benutzung öffentlicher Bedürfnisanstalten eine Trennung nach Geschlechtern durchgeführt wird, letzteres, wenn nur „anständig gekleidete" Personen zum Besuch von öffentlichen Gebäuden (Museen) oder von Zuhörerräumen der Gerichtsgebäude zugelassen werden.

Nach der Volksanschauung bestehen solche Beschränkungen oft auch ohne besondere Bestimmung. So kann der Kirchendiener mit Recht einem zerlumpt gekleideten Menschen den Besuch des Gottesdienstes verwehren, und ebenso kann der Aufsichtsbeamte der öffentlichen im Gemeingebrauch stehenden Bibliothek Lesensunkundige oder zu jugendliche Individuen zurückweisen.

Nicht statthaft wäre aber z. B. Beschränkung des Gebrauchs einer derartigen Bibliothek auf Männer oder Frauen allein, da sowohl nach den herrschenden sittlichen Anschauungen als nach der thatsächlichen Möglichkeit ordnungsmässigen Gebrauchs keines von beiden Geschlechtern von der Benützung ausgeschlossen ist. Durch eine solche Beschränkung würde also der Gebrauch der Allgemeinheit aufgehoben. Dasselbe gilt, wenn etwa der Gebrauch an einer Sache auf

Ausserachtlassung steht dem geschädigten unteren Anlieger des int. ne quid in flum. publ. fiat, quo aliter aqua fluat zu. Vgl. ausser der angef. Entsch. R.G. XV. 38.

[1]) R.G. XXI. 35.

„bessere Personen“ beschränkt wird, da unter dieser Bezeichnung nach dem herrschenden Sprachgebrauch nur wohlhabende oder den höheren Gesellschaftsschichten angehörige Leute verstanden werden.

Manche Sachen lassen ferner nur die gleichzeitige Benutzung durch eine beschränkte Anzahl zu. In solchen Fällen hat, wenn daraus Unzuträglichkeiten entstehen, Teilung der Ausübung der Zeit nach, eventuell auch bezüglich der Art, bei Unverträglichkeiten verschiedener Benutzungsarten derselben Sache mit einander, zu erfolgen [1]).

§ 6.

Unmittelbarkeit des Gebrauchs.

Den Berechtigten muss, falls Gemeingebrauch vorliegen soll, ein unmittelbarer Gebrauch an der Sache zustehen.

Nicht ausschlaggebend für die Beurteilung der Unmittelbarkeit ist die Unentgeltlichkeit des Gebrauchs. Vielmehr kommt es darauf an, dass keine entgeltliche oder unentgeltliche Zulassung zum Gebrauch stattfindet. Wenn also z. B. ein Vertrag dem Gebrauch vorangehen muss, so liegt niemals Gemeingebrauch vor. Gleichgiltig ist es dabei, ob die Zulassung zum Gebrauch etwa jedem sie nachsuchenden erteilt werden muss, da dies an ihrem Charakter nichts ändern kann [2]). Freilich muss es sich um eine wirkliche, vorgängige Zulassung und nicht nur um blosse Kontrollvorschriften handeln, deren Einhaltung beim Gebrauch den Benutzern etwa unter Androhung von Nachteilen bestimmungsgemäss auferlegt ist.

An solchen Strassen, Brücken, Häfen, Kanälen, bei deren Benutzung Wege-, Brücken-, Hafengeld erhoben wird, besteht, sofern die genannten Leistungen öffentlich-rechtlichen

---

[1]) Fr. 17 VIII. 3; Regelsberger § 113. V.S. 421; R.G. XVI. 31. Diese Teilung der Benutzung hat durch die zur Regelung des Gemeingebrauchs berufene Behörde zu erfolgen. Ubbelohde S. 462. A. M. R.G. XVIII. 53, XXIX 37.

[2]) Regelsberger § 113. III.

Korporationen zufallen, Gemeingebrauch. Denn diese Leistungen sind keine vertragsmässigen, sie bilden kein Entgelt für das Benutzenlassen der Sache, sondern sind nichts als eine bei Gelegenheit des Gebrauchs zu leistende öffentliche Abgabe [1]). Thatsächlich wird auch heute aus solchen Leistungen gar kein Gewinn gesucht, sondern sie werden meist so niedrig bemessen, dass nur die Unterhaltungskosten gedeckt werden [2]), oder sie werden in höheren Beträgen bis zur Amortisierung des Anlagekapitals erhoben. Schon daraus ergiebt sich, dass an ein Entgelt dabei nicht gedacht wird. Es handelt sich vielmehr, wie gesagt, um eine öffentliche Abgabe, ähnlich den Steuern, durch die ja indirekt auch jeder Berechtigte einen Beitrag zur Unterhaltung der Gemeingebrauchssache leistet.

Dasselbe gilt aber auch für die Privaten gehörigen Wege, Brücken u. s. w., die in allgemeinem Gebrauch stehen. Sehr häufig wird auch bei ihnen, namentlich bei sogenannten Aktienbrücken, eine Abgabe erhoben. Auch diese hat nicht den Charakter einer Vertragsleistung. Sie bleibt eine öffentliche Abgabe, deren Erhebung zu eigenem Vorteil der Staat, dessen Genehmigung dabei immer erforderlich ist [3]), der betreffenden Aktiengesellschaft, die die Brücke erbaut hat, zur Deckung ihrer Unkosten überlässt. Doch kann der Staat Privaten die Erhebung derartiger Abgaben auch als Ersatz für andere gemeinnützige Unternehmungen zugestehen [4]).

Mit Recht hebt Regelsberger [5]) hervor, dass die Grenze zwischen den im Gemeingebrauch stehenden Sachen und denen, bei denen eine Zulassung zum Gebrauch statt-

[1]) Dafür mit ausführlicher Begründung S.A. XXV. 128 und R.G. IX. 65.

[2]) Vgl. Reichs-Verf. Art. 54 Abs. 2.

[3]) v. Gerber, System des deutschen Privatrechts, 16. Aufl. 1891, § 62.

[4]) So hat kürzlich der russische Staat einer Eisenbahn-Gesellschaft die Konzession zum Bau einer Bahn von Moskau nach Windau an der Ostsee erteilt und ihr dabei das Recht zugestanden, innerhalb eines bestimmten Zeitraumes die im Hafen von Windau zu erhebenden Abgaben für sich zu behalten.

[5]) § 113 III. A. 2.

finde, nicht immer leicht zu ziehen sei. Wenn er aber von einem Verschönerungsverein an öffentlichen Plätzen oder Wegen zur allgemeinen Benutzung aufgestellte Bänke als nicht im Gemeingebrauch stehend ansehen zu sollen glaubt, sondern nur eine jederzeit widerrufliche, individuell unbeschränkte Bewilligung annimmt, so kann ich ihm hierin nicht zustimmen. Wenn die Zulassung ganz allgemein erteilt wird, so ist es eben keine eigentliche Zulassung, sondern nichts als die Erklärung, dass die Sache von nun an dem Gemeingebrauch überlassen sei. Auch ist ein Widerruf dieser Erklärung hier nicht anders statthaft wie bei den übrigen Gemeingebrauchssachen. Gerade von Verschönerungsvereinen dem allgemeinen Gebrauch überlassene Sachen haben nicht selten, z. B. im Taunus, eine solche Bedeutung für die betreffenden Gemeinden erlangt, dass ein willkürlicher Widerruf die öffentlichen Interessen bedenklich gefährden müsste. Nach alledem liegt hier wahrer Gemeingebrauch vor.

II. Dingliche Rechte an Gemeingebrauchssachen.

§ 7.

Eigentum. Möglichkeit.

Gemeingebrauchssachen können im Eigentum Privater stehen, was z. B. bei Wegen gar nicht selten vorkommt [1]). Aber auch die öffentlichen Gemeingebrauchssachen stehen im Eigentum öffentlicher Korporationen.

Bekanntlich ist namentlich der letztere Punkt seit den durch den Streit zwischen den Kantonen Baselstadt und

[1]) Randa, Eigentum § 3 S. 46. In der Praxis anerkannt S.A. VII. 9. IX. 159, XXIII. 12, XXXI. 108, XXXIV. 7, XXXVII. 285 (Reichsger.). R.G. VIII. 39 (= S.A. XXXVIII. 206), R.G. VI. 57, XXII. 60, XXI. 46 (bez. Kirchengebäude).

Baselland hervorgerufenen gutachtlichen Äusserungen namhafter Juristen streitig geworden, wenn auch die hier vorgetragene Ansicht heute als die unbedingt herrschende betrachtet werden muss [1]).

Keller [2]) und Ihering [3]) hatten sich in ihren bei Gelegenheit des erwähnten Streits erstatteten Gutachten gegen das Privateigentum an öffentlichen Sachen ausgesprochen und den öffentlichen Korporationen nur ein Hoheits- oder Polizeirecht an solchen zugestanden, das sich dann bei Wegfall des öffentlichen Charakters in gewöhnliches Privateigentum verwandeln sollte [4]). Die gegenteilige Ansicht, Bestehen wirklichen Privateigentums, wurde von Dernburg [5]) verfochten. Beide Parteien suchten ihre Ansichten quellenmässig zu begründen.

Seitdem ist von den Anhängern beider Theorien wenig Neues vorgebracht, sondern fast immer auf die Begründungen Ihering's und Dernburg's zurückgegangen worden.

Später hat Eisele [6]), der keine von beiden Ansichten für durch die Quellen bewiesen erachtet, eine dritte Meinung

---

[1]) Sie teilt auch das Reichsges. vom 25. V. 1873, indem es an Sachen, die zum dienstl. Gebrauch der Reichsverwaltung bestimmt sind, Eigentum des Reichs annimmt, und ebenso viele Partikularrechte, z. B. des Pr.A.L.R. — Die Praxis ist, abgesehen von den öffentl. Flüssen (vgl. Anm. 13), fast ganz allgemein für Anerkennung des Eigentums. Gegen das Eigentum an öffentl. Sachen sind, soweit ich die in Seuff. Arch. und den Reichsger.-Entsch. zu findende Praxis überschaue, nur S.A. XXI. 206 unter Berufung auf Fr. 1 pr. l. 8 (vgl. darüber S. 27) und S.A. XXVIII. 7. — Auch bezügl. der dem Gottesdienst geweihten Sachen erkennt die Praxis Möglichkeit des Eigentums und anderer dinglicher Rechte durchgängig an. Vgl. R.G. VII. 43, XXXI. 46.

[2]) Gutachten über den Streit zwischen Baselland und Baselstadt . . . . 1860.

[3]) a. Der Streit zwischen Baselland und Baselstadt, 1862; b) Erwiderung auf das von Dernburg . . . . erstattete Gutachten . . . . 1862.

[4]) Diese Verwandlung ist wunderbar genug! Eigentlich sollte man doch denken, mit dem Wegfall des öffentl. Charakters werde die Sache von jedweder Gebundenheit frei und der Okkupation preisgegeben.

[5]) Rechtsgutachten über den Streit bezügl. der Festungswerke der Stadt Basel 1862.

[6]) Über das Rechtsverhältnis der res publicae in publico usu, 1873.

aufstellen zu sollen geglaubt, nach der den öffentlichen Korporationen ein öffentlich-rechtliches Eigentum, „publizistisches Eigentum, dem die Zweckbestimmung zum Gemeingebrauch immanent ist", an Gemeingebrauchssachen zusteht.

Es liegt nicht im Rahmen dieser Arbeit, auf sämmtliche von den beiden Parteien vorgebrachten Gründe ausführlich einzugehen, wie dies namentlich Eisele, Ubbelohde [1]) und Wappäus [2]) (letztere beide Verfechter der Dernburgschen Ansicht) thun, zumal die Streitfrage als praktisch erledigt betrachtet werden kann. Es soll nur kurz das angeführt werden, was ich zur Begründung meiner, der Dernburgschen sich anschliessenden Ansicht für wesentlich halte.

Für ausschlaggebend sehe ich mit Dernburg und Wappäus die Bestimmung des § 39 J. II. 1 an. Dort wird zunächst der Rechtssatz entwickelt, dass der auf einem in fremdem Eigentum stehenden Grundstück gefundene Schatz zur Hälfte dem Finder und zur Hälfte dem Eigentümer des Grundstücks gehöre. Entsprechend, heisst es weiter, gehört der in Caesaris loco, d. h. einem im Schatullgut des Kaisers stehenden Grundstück, gefundene Schatz zur Hälfte dem Finder, zur Hälfte dem Kaiser. Entsprechend gehört auch die Hälfte des in fiskalischen oder öffentlichen Grundstücken gefundenen Schatzes dem Finder, die andere Hälfte dem Fiskus oder dem Staat.

Diese Stelle ist in ihrem logischen Zusammenhang gar nicht anders zu verstehen, als dass sie die öffentlichen Sachen als im Eigentum des Staats stehend ansieht. Ihering sucht [3]) ihre Beweiskraft durch die Erklärung zu beseitigen; niemand bestreite dem Fiskus das Recht, sich Gras, Holz, Schätze und andre Nebennutzungen der Gemeingebrauchssachen zuzueignen, also rücksichtlich ihrer den Eigentümer zu vertreten. Diese Vertretung des Eigentümers durch den Staat wäre aber doch sehr sonderbar. Sonst pflegen doch dem Staat Erträge privatrechtlich herrenloser Sachen im römischen Recht nicht zuzu-

[1]) Ubbelohde in Glück's Pandekten, Buch 43, 44, Teil IV.

[2]) Wappäus, Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen 1867.

[3]) Erwiderung — S. 17.

fallen. Es hätte doch auch hier viel näher gelegen, im Falle das Eigentum des Staats oder der Gemeinden an öffentlichen Sachen geleugnet wird, die Nebennutzungen, die für den Zweck des Gemeingebrauchs, d. h. den nach Ihering ausschliesslichen Zweck dieser Sachen, durchaus belanglos sind, der Okkupation preiszugeben und den gefundenen Schatz völlig dem Finder zu überlassen, wie letzteres im ersten Teil des erwähnten Institutionenparagraphen bei den res sacrae et religiosae geschieht, also Sachen, die unbestritten in niemandes Privateigentum standen. Ihering führt dann auch zur Entkräftung der Institutionenstelle eine solche aus den Pandekten ins Feld, Fr. 3 § 10 XXXXVIII. 14, wo in teilweisem Gegensatz zu ersterer nicht nur bei res publicae oder fiscales, sondern auch bei res religiosae die Hälfte des gefundenen Schatzes dem Fiskus zugesprochen wird. Er meint, wenn man bei der Institutionenstelle daraus, dass die Hälfte des in rebus publicis oder fiscalibus gefundenen Schatzes dem Staat gebühre, auf ein Privateigentum des letzteren an genannten Sachen schliessen wolle, so könne man nach dieser Pandektenstelle auch auf ein Eigentum des Staats an rebus religiosis folgern, dessen Existenz doch völlig ausgeschlossen sei. Dieses Argument ist nicht stichhaltig. In den Pandektenstellen, die eine Konstitution der Kaiser Mark Aurel und Verus enthält, tritt vielmehr nur das Bestreben der späteren römischen Kaiserzeit hervor, dem Fiskus durch alle möglichen singulären Bestimmungen ohne Rücksicht auf einen Rechtsgrund Vorteile zuzuweisen [1]). Die Institutionenstelle dagegen giebt für ihren Standpunkt eine juristische Begründung. Die beiden Stellen sind also für diese Argumentation nichts weniger als gleichwertig [2]).

[1]) Vgl. hierzu die in der Ausgabe des Corpus iuris civilis Romani cum notis integris Dionysii Gothofredi . . . Lipsiae 1720, zu findende const. LI. des Kaisers Leo, durch die bezeugt ist, dass gerade bez. des Schatzes die früheren Bestimmungen ganz ausser Übung gekommen waren und perversa cupiditas . . . . iniquo lucro fisco donato illi in hunc usque diem inventum thesaurum attribuit.

[2]) Derselben Ansicht Ubbelohde S. 101; Wappäus S. 93; Eisele S. 10; A.M. auf Grund einer falschen Lesart des § 39, Kappeler, der Rechtsbegriff des öffentl. Wasserlaufs S. 29 ff.

Es mag nun noch einiger auf die Quellen gestützter Einwände Ihering's gegen das Eigentum an öffentlichen Sachen gedacht werden. Das von ihm verwertete Fr. 1 pr. I. 8 beweist nichts für ihn. Es heisst dort: (res) quae publicae sunt, nullius in bonis esse creduntur, ipsius enim universitatis esse creduntur. Es ist mit der schon von der Glosse verfochtenen Ansicht anzunehmen, dass hier gesagt wird, die öffentlichen Sachen stünden nicht im Eigentum eines Einzelnen, sondern gehörten der Allgemeinheit [1]).

Nichts beweist ferner gegen das Eigentum an öffentlichen Sachen die häufige Gegenüberstellung der res quae in patrimonio, pecunia, bonis populi oder fisci sunt einerseits, und der res quae publico usui destinatae sunt andererseits. Der Gegensatz des Finanzvermögens (Kämmereiguts) und der Gemeingebrauchssachen liegt nicht darin, dass erstere im Staats- oder Gemeindeeigentum stünden und letztere nicht, sondern darin, dass erstere ihrer Bestimmung nach dem Staat oder der Gemeinde als Einnahmequellen dienen, während letztere in erster Linie einem öffentlichen Bedürfnis entgegenkommen und erst in zweiter Linie öfters durch Abwerfung von Erträgnissen für die Finanzen des Eigentümers von Belang sind. In diesem Sinne wird der Unterschied heute allgemein anerkannt und berücksichtigt [2]).

Neuerdings hat eine Ansicht viele Anhänger gewonnen, derzufolge zwar an den übrigen öffentlichen Sachen, nicht aber an den öffentlichen Flüssen Eigentum bestehen soll. Diese Ansicht scheint mir nicht richtig.

Dass die Flüsse etwa ihrer Natur nach nicht in Eigentum stehen könnten, lässt sich schlechterdings nicht behaupten [3]). Somit kommt es nur darauf an, ob die Quellen das Eigentum ausschliessen oder billigen. Für beides lässt sich ein absoluter Beleg nicht vorbringen. Namentlich kann man daraus, dass die Flüsse als publica bezeichnet werden, keinen Schluss

[1]) Eisele S. 10. A.M. über diese Stelle Windscheid § 146 A. 16.

[2]) Vgl. z. B. Regelsberger I. § 112 II.; Ubbelohde S. 24 ff. Bekker § 77 Beil. III.

[3]) Zudem erkennen ja auch neuere Gesetze, z. B. der Code civil, das Eigentum des Staats an öffentl. Flüssen ausdrücklich an.

auf das Eigentum ziehen. Wohl aber machen die Quellen nirgends einen Unterschied zwischen den Flüssen und den übrigen öffentlichen Sachen, vielmehr werden sie mit diesen in Fr. 1 pr. XXXXIII. 1 ausdrücklich unter dem Begriff res quae sunt alicuius, zusammengefasst und in Gegensatz gestellt zu den res, quae nullius sunt [1]).

Nichts beweist für die gegnerische Ansicht die immer von ihren Vertretern angeführte Bestimmung, dass das vom Fluss verlassene Flussbett den Eigentümern der anliegenden Grundstücke zufällt und dass entsprechend der Grund und Boden des nunmehrigen Flussbettes aus dem Eigentum der bisherigen Eigentümer tritt. Dies folgt aus dem selbstverständlichen Satz, dass das vom Fluss völlig verlassene Flussbett eben gar kein Teil des Flusses mehr ist und dass ebenso die Teile der Grundstücke, über die der Fluss sich einen neuen dauernden Weg bahnt, ein integrierender Bestandteil des Flusses werden. Fluss und Flussbett sind unzertrennlich, das eine ist von dem anderen abhängig [2]) [3]). Nun sollte man allerdings annehmen, dass das durch das Verlassen des Bettes frei gewordene Land herrenlos wäre und der Okkupation offen stünde [4]). Vielleicht, weil dies dadurch, dass ein Dritter Gelegenheit hätte, sich zwischen die bisherigen Anlieger einzuschieben, für diese störend wirken könnte, sind die Römer aus praktischen Rücksichten davon abgegangen und haben die jetzt geltende Bestimmung getroffen [5]).

[1]) Vgl. hierüber Pernice, Labeo I. S. 274 ff.

[2]) Vgl. R.G. III. 65, S.A. XXII. 212, XXVII. 206.

[3]) Deshalb ist auch anzunehmen, dass das Bett des künstlich trocken gelegten Flusses in das Eigentum der Anlieger tritt. S.A. XXXV. 186 (Braunschweig).

[4]) Dies war im römischen Recht bei den von agri limitati begrenzten Flussbetten thatsächlich der Fall.

[5]) Für das Flusseigentum ausser Pernice namentlich Dernburg, Pandekten I. § 73 A. 4. A. M. namentlich Regelsberger § 113. VIII 2. v. Wächter Pandekten I. § 60 Beilage II, Hölder Pandekten § 31, Windscheid I. § 146 A. 11, Wappäus S. 22 ff. Praxis für das Eigentum: S.A I. 2 (im deutschen Recht), VIII. 50; dagegen z. B. S.A. XVII. 99, XXVII. 206, XXXV. 186 (Braunschweig). XLVII. 180 (Reichsgericht), also die Mehrzahl der Entscheidungen.

Es lässt sich freilich nicht verkennen, dass alle vorgebrachten Gründe für das Eigentum an den öffentlichen Flüssen nicht streng beweiskräftig sind. Es ist wohl möglich, dass die Römer wirklich aus historischen oder irgendwelchen anderen Gründen die Konsequenz des Eigentums an Flüssen aus der Anerkennung des Eigentums an anderen Gemeingebrauchssachen nicht gezogen haben. Dies wäre aber nur eine der inneren Begründung entbehrende Singularität, die im übrigen für die Lehre vom Gemeingebrauch belanglos ist. Über die ganze Frage scheint auch bei den Römern Streit geherrscht zu haben [1]).

§ 8.

Charakter und praktische Bedeutung des Eigentums. Sonstige dingliche Rechte.

Wie sich im vorigen Paragraphen gezeigt hat, sind die Gemeingebrauchssachen eigentumsfähig. Es entsteht nun die Frage: Ist dieses Eigentum das gewöhnliche oder unterscheidet es sich von diesem?

Früher wurde allgemein und auch jetzt wird noch häufig behauptet, die öffentlichen Sachen seien vollkommen verkehrsunfähig (res extra commercium). Bezüglich eines derartigen Eigentums hatte denn allerdings der Vergleich Ihering's mit einem Messer ohne Klinge, dem der Stiel fehlt, eine gewisse Berechtigung.

Zur Beantwortung der Frage, inwieweit auch im heutigen Recht solche Verkehrsbeschränkungen bestehen, geht man am besten von der Betrachtung der einzelnen Rechte aus, die dem Eigentümer von Gemeingebrauchssachen sein Eigentum in die Hand giebt.

Der Eigentümer hat, was allgemein anerkannt wird, das Recht auf die Erträge, die die Gemeingebrauchssache abwirft. Diese sind mannigfaltigster Art. Bei Wegen können es sein Gras, ferner Laub, Obst, Holz dort angepflanzter Bäume, die

[1]) Vgl. die besondere Ansicht Labeos in Fr. 65 § 4 XXXXI. 1.

Hälfte des dort gefundenen Schatzes, Mietgelder für Buden u. s. w. auf offenen Plätzen und Strassen. Wege und Brückengelder sind, wie schon früher erwähnt, nicht als Erträge der Wege und Brücken, sondern als öffentliche Abgaben zu betrachten.

Auch öffentliche Flüsse können in Gestalt von Sand, Muscheln, Eis u. s. w. Erträgnisse abwerfen, die dem Eigentümer zukommen.

Manche Gemeingebrauchssachen sind allerdings in der Regel ohne direkten Wert für den Eigentümer, wie z. B. meist städtische Strassen, Bibliotheken und andere. Immerhin kommt auch bei ihnen, wie überhaupt, das Eigentum dann zu voller Geltung, wenn der Charakter der Sache als Gemeingebrauchssache wegfällt, z. B. die Strasse verlegt wird.

Es steht im heutigen Rechte aber auch einer Veräusserung der Gemeingebrauchssachen nichts im Wege. Sie kann erfolgen, ohne dass vorher die Sache ihres Gemeingebrauchscharakters entkleidet worden wäre, und zwar sind keine Gemeingebrauchssachen von dieser Regel ausgeschlossen. Es steht rechtlich durchaus nichts im Wege, dass etwa eine Gemeinde ihre Strassen an eine andere veräusserte, dass ein Staat eine Landstrasse an einen fremden Staat verkaufte oder ihn als Miteigentümer an ihr aufnähme. Praktisch wird dies allerdings kaum jemals vorkommen. Aber es ist doch scharf zwischen dem zu unterscheiden, was thatsächlich nicht geschieht, und dem, was rechtlich nicht geschehen kann. Es giebt viele Dinge, die zu thun einem das Recht freistellt, die man aber doch aus praktischen oder anderen Erwägungen nicht thun wird. Ebenso verhält es sich bei den angeführten Beispielen. Freilich gehören Beispiele weniger extremer Art gar nicht zu den Seltenheiten, wie z. B. eine Übertragung einer staatlichen Strasse an eine Gemeinde oder einen Kommunalverband. So mag auch der Fall nicht so ganz selten sein, dass eine Gemeinde eine Strasse an einen Privaten verkauft und häufig ist es der umgekehrte Fall. Auch Tauschgeschäfte sind möglich. So ist mir bekannt, dass die Stadt H. einem Privaten das Angebot machte, mit

ihm einen öffentlichen Weg nach einem benachbarten Kirchdorf gegen ein in seinem Eigentum stehendes Stück einer städtischen Strasse zu vertauschen [1] [2]).

Eine Veräusserung der erwähnten Art hat auf den Gemeingebrauch keinerlei Einfluss. Dieser bleibt also vollkommen in der bisherigen Art bestehen, einerlei, in welche Hände die Gemeingebrauchssache übergeht. Soll ohne die Last des Gemeingebrauchs veräussert werden, so ist vorherige Aufhebung des letzteren erforderlich.

Gesteht man nun einmal die Möglichkeit der Veräusserung der Gemeingebrauchssachen zu, so wird man sich der Konsequenz nicht entziehen können, auch die Bestellung dinglicher Rechte an ihnen zu gunsten Dritter für möglich zu halten [3]). Es steht z. B. der Einräumung der Gerechtigkeit, eine Wasser-, Gas-, elektrische Leitung unter der Strasse zu führen, nichts entgegen, ebensowenig bei anderen Dienstbarkeiten, z. B. einer Lichtdienstbarkeit zu gunsten eines unterirdischen Kellers, durch die diesem vermittels einer etwa mit dickem Glas oder einem Gitter bedeckten Öffnung in der

---

[1]) Für die Möglichkeit der Veräusserung sind Randa § 3 A. 23, Regelsberger § 113 VIII. 3, v. Wächter, Württ. Privatrecht II. § 44 zu A. 21 und noch deutlicher Pandekten § 60 Beil. I. B. III., Ubbelohde S. 88 ff., v. Gerber deutsches Privatrecht § 62, R.G. XXII. 60, XXXI. 46 (bez. Kirchen).

[2]) Nach den Ausführungen im Text wird man auch ein Rechtsgeschäft mit einem Dritten über eine Gemeingebrauchssache nicht mehr als ein solches über etwas Unmögliches und infolgedessen nichtig betrachten dürfen. Unwahrscheinlich mag die Erfüllung des Geschäfts sein, unmöglich ist sie nie. Anders bestimmte das römische Recht mit der Begründung: nec enim fas est eiusmodi casus (das in den Verkehr Treten) exspectare (Fr. 34 § 2 XVIII. 1). Dies trifft heute nicht mehr zu. A.M. S.A. XXXI. 129.

[3]) Natürlich steht auch der Entstehung solcher dingl. Rechte Dritter an Gemeingebrauchssachen durch Ersitzung nichts entgegen. S.A. II. 294, IX. 136, XXXIV. 91, XXXVII. 285 (Reichsger.), XLII. 194 (Reichsger.). Voraussetzung der Ersitzung ist jedoch, dass der Ersitzende einen den Umfang des Gemeingebrauchsrechts übersteigenden oder einen überhaupt anders gearteten Gebrauch von der Sache gemacht hat. Vgl. S.A. XLII. 17. XLIX. 10 (Braunschweig).

Strasse Licht zugeführt wird. Ja auch Einräumung des Niessbrauchsrechts an einer Landstrasse, das dem Niessbraucher ein Recht auf die Obst- und Grasnutzungen gäbe, wäre denkbar.

Natürlich ist auch hier die Dienstbarkeit immer durch den Gemeingebrauch beschränkt und kann ihn in keiner Weise antasten.

Schliesslich steht unter derselben Beschränkung auch der Verpfändung von Gemeingebrauchssachen nichts entgegen [1]). Bei der zur Befriedigung des Pfandgläubigers erforderlichen Subhastation würde die Gemeingebrauchssache natürlich auch wieder mit der Last des Gemeingebrauchs verkauft werden. Eine solche Verpfändung wird freilich kaum vorkommen, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil sie dem Pfandgläubiger fast keine Vorteile böte. Kein Gläubiger wird so thöricht sein, sich eine städtische Strasse, mit der er doch nichts anfangen könnte und die bei einer Subhastation wohl wenig Liebhaber fände, als Pfand geben zu lassen. Dagegen wäre eine Antichrese bezüglich eines mit Obstbäumen bepflanzten Weges immerhin denkbar.

Endlich ist dem Eigentümer auch der einem solchen sonst zustehende Rechtsschutz, namentlich die rei vindicatio [2]) und die negatoria, nicht zu versagen.

Nun könnte man fragen: Welches dem Eigentümer im allgemeinen zustehende Recht ist denn dem Eigentümer von Gemeingebrauchssachen versagt? In der That weiss ich hierauf keine Antwort.

Es stellen sich danach als Ergebnis der bisherigen Betrachtung die Sätze heraus: An Gemeingebrauchssachen besteht kein rechtlich anders geartetes Eigentum wie an sonstigen

[1]) A.M. hier auch Regelsberger a. a. O., dessen Einwand, dass die Sache bei einer Veräusserung kaum einen Erlös liefern würde, aber die rechtliche Möglichkeit der Verpfändung nicht ausschliessen kann. Die Möglichkeit eines Pfandrechts an einer öffentl. Strasse scheinen anzuerkennen R.G. IV. 76 und S.A. XXXI. 108.

[2]) Ubbelohde S. 82, Wappäus S. 103. A.M. hier wie bezügl. des ganzen Paragraphen Ihering. Erwiderung, S. 14 ff.

Sachen. Staat und Gemeinde können über erstere ebenso verfügen, wie über ihr freies Eigentum. Der Begriff der rechtlichen Verkehrsunfähigkeit ist demnach für Gemeingebrauchssachen völlig wertlos, da nur ein thatsächliches ausser Verkehr Stehen regelmässig stattfindet.

Allerdings, das sei hier nochmals hervorgehoben, bleibt jede Verfügung über die Gemeingebrauchssachen, jede Ersitzung eines Rechts an ihnen, ohne jeden Einfluss auf den Gemeingebrauch, solange dieser nicht aufgehoben ist. Aber dies bildet keine Eigentümlichkeit der Gemeingebrauchssachen. Es entspricht nur dem allgemeinen Grundsatz, nach dem auf einer Sache ruhende Lasten, wie auch Dienstbarkeiten, Reallasten, Pfandrechte, durch einseitige Verfügungen des Eigentümers oder Dritter nicht berührt werden.

Durch die vorstehenden Ausführungen erledigt sich auch der völlig unnütze [1]) Begriff des publizistischen Eigentums Eisele's.

III. Begründung, Veränderung, Beendigung des Gemeingebrauchs.

§ 9.

Begründung des Gemeingebrauchs.

Gemeingebrauch an einer Sache kann entstehen:

1) unmittelbar kraft Gesetzes, nach dem an derartigen Sachen immer Gemeingebrauch besteht [2]). Dies ist der Fall bei öffentlichen Flüssen, deren Ufern, dem Meeresufer [3]). Entstünde also ein neuer öffentlicher Fluss infolge von Naturereignissen, so träte er unmittelbar in den Gemeingebrauch;

[1]) Windscheid § 146 A. 17.

[2]) Regelsberger § 113 IV.: gesetzlicher, zu 2) gestifteter Gemeingebrauch.

[3]) Dies scheint bez. der öffentlichen Flüsse S.A. I. 2 zu leugnen. Wie im Text S.A. XXI. 67.

2) durch einseitiges Rechtsgeschäft, d. h. durch Verfügung des Eigentümers. Durch Vertrag wird niemals Gemeingebrauch begründet [1]) und zwar aus dem einfachen Grunde, weil niemand da ist, mit dem er geschlossen werden könnte. Denn Subjekt des Gemeingebrauchs ist nicht der Einzelne, sondern eine ungezählte Gesamtheit. Es geht aber nicht an, für diese als vertragschliessenden Teil einfach die Gemeinde oder den Staat zu substituieren. Nicht die Gemeinde als Korporation ist gemeingebrauchsberechtigt, sie ist ja vielmehr in der Regel Eigentümerin der Sache, sondern jeder einzelnen, der Gemeinde angehörigen Person steht das volle Gemeingebrauchsrecht zu [2]). Dies ist ein grosser Unterschied, den auch Bekker anerkennt, indem er das Gemeingebrauchsrecht als „objektive Gebundenheit" auffasst. Trotzdem hält derselbe die Begründung des Gemeingebrauchs durch Vertrag bei Sachen, die ebensogut ausserhalb des Gemeingebrauchs stehen können, für möglich. Er beruft sich dabei auf eine Gerichtsentscheidung [3]), wo der Eigentümer eines Grundstücks einer Gemeinde gegen Entschädigung gestattet hatte, über sein Grundstück ein Siel zu führen. In Wirklichkeit wird aber durch diesen Vertrag kein Gemeingebrauch an dem Grundstück begründet, sondern nur eine Sielgerechtigkeit für die Gemeinde. Ebenso wird durch einen Vertrag zwischen Eigentümer und Gemeinde, in dem ersterer sein Grundstück der Benutzung der Gemeindemitglieder als Weg freigiebt, nichts hervorgerufen als eine Wegegerechtigkeit zu gunsten der Gemeinde [4]). Erklärt der Eigentümer aber ausdrücklich, dass er das Grundstück dem Gemeingebrauch preisgebe, so ist eine Annahme seitens der Gemeinde völlig unnötig

[1]) A. M. Ubbelohde S. 137 f., S.A. XXVIII. 247 S. 423, Bekker § 78 A. n.

[2]) Vgl. die Ausführungen in §§ 2 und 12.

[3]) R.G. VIII. 39 (= S.A. XXXVIII. 206).

[4]) In diesem Falle sind also die für Dienstbarkeiten geltenden Grundsätze massgebend. Über die Möglichkeit derartiger Grundgerechtigkeiten im heutigen Recht vgl. R.G. IV. 38, S.A. VIII. 113, XV. 205, XVII. 4, IX. 255, R.G. I. 121, R.G. XIV. 54 (= S.A. XLI. 173), S.A. L. 80 (Bayr. Ob. Ldsger.).

und bedeutungslos. Ebenso gleichgiltig ist aber auch das Einverständnis der einzelnen Berechtigten. Das Recht des Gemeingebrauchs wird für sie auch ohne und gegen ihren Willen erworben.

Falls ein Privater eine Sache dem allgemeinen Gebrauch überlässt, können unter Umständen auch Zweifel entstehen, ob er wirklichen Gemeingebrauch begründen oder nur eine jederzeit widerrufliche Erlaubnis zum Gebrauch erteilen wollte. Dies ist je nach der Besonderheit des einzelnen Falles zu entscheiden. Im Zweifel wird man sich für die geringere Art der Belastung entscheiden müssen [1]).

Ganz klar ist die Frage der Begründung des Gemeingebrauchs in den Fällen, wo die Gemeinde (oder der Staat) vom Eigentümer ein Grundstück zur Anlegung eines öffentlichen Weges u. s. w. erwirbt. Hier wird sie durch diesen Vertrag nur Privateigentümerin des Grundstücks. Der Gemeingebrauch entsteht auch hier durch ein einseitiges Rechtsgeschäft, nämlich die Erklärung, dass die Sache dem Gemeingebrauch überlassen werde.

Zu bemerken ist hierzu noch, dass Wege, Strassen, Brücken nicht schon mit der Fertigstellung von selbst in den Gemeingebrauch treten. Vielmehr ist auch hier die einseitige Erklärung des Eigentümers erforderlich [2]). Freilich kann diese stillschweigend, z. B. durch Beseitigung der absperrenden Vorrichtungen, erfolgen.

Eine nicht ganz seltene Form der einseitigen Begründung des Gemeingebrauchs ist noch die durch letztwillige Verfügung. Auch bei ihr bedarf es keiner Annahme durch die betreffende Gemeinde oder den Staat. [3]).

---

[1]) An einem Weg, der über das Grundstück eines Privaten führt und in allgemeinem Gebrauch steht, kann demnach bestehen: 1) wirklicher Gemeingebrauch, oder 2) eine Dienstbarkeit zu gunsten einer Gemeinde, oder 3) eine nach Belieben des Eigentümers widerrufliche Berechtigung zum Gebrauch.

[2]) A.M. Bekker § 78 A. n.

[3]) A.M. Ubbelohde S. 138.

Ausgeschlossen ist eine Ersitzung [1]) des Gemeingebrauchs auch wieder aus dem Grunde, weil die ungezählte Gesamtheit nicht ersitzen kann, der Einzelne aber höchstens eine Dienstbarkeit zu seinen Gunsten zu begründen vermag.

Dagegen ist der Nachweis unvordenklicher Ausübung zum Beweis eines bestehenden Gemeingebrauchs ausreichend [2]), da eine solche ja nicht selbst begründet, sondern nur die Vermutung dereinstiger rechtmässiger Begründung bringt.

§ 10.

Regelung des Gemeingebrauchs durch die Obrigkeit.

Da der Gemeingebrauch infolge seiner Eigentümlichkeit, jeder beliebigen Person zuzustehen, die in einen bestimmten Personenkreis hineintritt, ein öffentliches Interesse, meist sogar in ganz hervorragendem Grad, befriedigt, so ist es leicht erklärlich und ganz natürlich, dass der Obrigkeit ein weit bedeutenderer Einfluss auf seine Gestaltung zukommt, als bei sonstigen Privatrechten.

Die den Gemeingebrauch regelnde Obrigkeit kann eine Staats- oder eine Kommunalbehörde sein. Welche von beiden im einzelnen Fall berechtigt ist, wird durch das Landesstaatsrecht bestimmt.

In allen Fällen ist streng zu unterscheiden zwischen den den Gemeingebrauch beeinflussenden Handlungen, die die Gemeinde oder der Staat als Eigentümer vornehmen, und denen, durch die sie als Obrigkeit den Gemeingebrauch regeln.

Was nun die Befugnisse der Obrigkeit betrifft, so reichen diese, wie sich schon aus dem vorigen Paragraphen ergiebt,

[1]) Regelsberger a. a. O. A.M. Ubbelohde S. 138 ff. Praxis: Die Ersitzung ist ausgeschlossen, weil der erforderliche fehlerfreie Besitz (eines Weges) durch das Publikum als einen Inbegriff völlig unbekannter, stets wechselnder Persönlichkeiten nicht ausgeübt werden kann. S.A. XVII. 5; ähnlich S.A. XXXIV. 7.

[2]) Regelsberger a. a. O. S.A. XVII. 5, XIX. 235, XXVIII. 247, XXXIV. 7.

nicht aus, um einen Gemeingebrauch zu begründen [1]). Baut also eine Gemeinde auf einem in Privateigentum stehenden Grundstück einen öffentlichen Weg und übergiebt diesen dem allgemeinen Gebrauch, so entsteht kein Gemeingebrauch im technischen Sinn des Worts [2]). Der Eigentümer bleibt daher befugt, die Freiheit seines Eigentums im Rechtsweg geltend zu machen. Gegen die sich daraus ergebenden grossen Unannehmlichkeiten bleibt der Gemeinde das Hilfsmittel, die Enteignung einzuleiten, den etwaigen interessierten Anliegern das Recht auf einen Notweg und ein Entschädigungsanspruch gegen die Gemeinde.

Die Obrigkeit ist verpflichtet, dafür zu sorgen, dass die Gemeingebrauchssachen nach Art und Menge den Bedürfnissen entsprechen und dass sie in brauchbarem Zustand erhalten werden. Aus der Vernachlässigung dieser Verpflichtungen können Entschädigungsansprüche erwachsen [3]). So haftet der Staat für den Schaden, den ein Privater dadurch erleidet, dass ein ihm gehöriges Schiff in einem in staatlichem Eigentum stehenden Hafen infolge der mangelhaften Beschaffenheit der Hafenanlagen beschädigt wird. Überhaupt haftet die Obrigkeit immer für den Schaden, der durch Vernachlässigung der Erhaltung der Gemeingebrauchssache in gutem Stande geschieht. Die Erhaltungspflicht der Obrigkeit erklärt sich so: Eigentlich wären, wie bei Dienstbarkeiten, mangels ander-

---

[1]) Vgl. R.G. VI. 57 S. 208. A.M. Ubbelohde S. 30.

[2]) Soweit auch Regelsberger § 113 IV. Derselbe giebt jedoch a. a. O. A. 8 dem Eigentümer keine Eigentumsklage, sondern nur eine solche auf das Interesse. Wie im Text, auch bezügl. der Geltendmachung der Freiheit des Eigentums, S.A. XXVII. 258. Das Nichtentstehen wirklichen Gemeingebrauchs verkennt S.A. XXXI. 108, wenn es nur eine Klage auf Anerkennung des Eigentums und ev. Entschädigung giebt.

[3]) Regelsberger § 113 VII., S.A. XXV. 128, wo der im Text im Beispiel angeführte Fall entschieden ist. Mit Recht sagt die Entscheidung, dass der Staat u. s. w., wenn er sich der Allgemeinheit zu Leistungen verbunden hat, die deren Wohlfahrt fördern sollen und dementsprechende Einrichtungen getroffen hat, fortan nicht pflichtenlos ist. Vgl. ferner S.A. XLIX. 76 (Reichsger.) (Unfall eines Reiters infolge mangelhafter Beschaffenheit einer Gasse); S.A. L. 87 (Frankfurt a. M.) (Unfall infolge Nichteinfriedigung eines Bachrandes längs der Ortsstrasse).

weiter Abmachung die Berechtigten zur Erhaltung verpflichtet. Nun bilden diese aber, wie mehrfach hervorgehoben, nur eine Mehrheit einzelner Personen, nicht auch ein selbstständiges Rechtssubjekt. Sie können daher für die Erhaltung nicht selbst sorgen und an ihre Stelle tritt, da solche im öffentlichen Interesse liegt, dessen berufene Vertreterin, die Obrigkeit.

Letzterer fällt auch die Aufgabe zu, für die ungehinderte freie Aufrechterhaltung des Gemeingebrauchs zu sorgen. Sie hat Störungen zu beseitigen und überhaupt den Gemeingebrauch in geregelte Bahnen zu leiten [1]).

Schliesslich ist die Obrigkeit befugt, soweit das öffentliche Interesse es erheischt, den Gemeingebrauch einzuschränken und zeitweilig oder dauernd aufzuheben (die Sache ihres Gemeingebrauchscharakters zu entkleiden) [2].

Es entsteht dabei die Frage, ob solche den Gemeingebrauch verändernde Verfügungen der Obrigkeit, also Verlegungen, Höher- und Tieferlegen [3]) [4]) eines Weges, Verlegung eines öffentlichen Flusses u. s. w. den dadurch Geschädigten einen Schadensersatzanspruch gegen die Behörde geben [5]) [6]).

---

[1]) Regelsberger a. a. O.

[2]) Regelsberger a. a. O. S.A. XXXIV. 90, R.G. XXI. 35. Vergl. auch § 5.

[3]) Natürlich darf nur die zur Regelung des Gemeingebrauchs berufene Behörde solche Veränderungen vornehmen. Gegen andere Behörden sind die Interdikte begründet (S.A. V. 27. Interd. ne quid in loco publ. gegen eine öffentl. Baubehörde wegen Höherlegung). Vgl. auch § 14 Anm. 12. — A. M. bez. int. ne quid in loco publ. S.A. XXII. 144.

[4]) S.A. XVI. 72 scheint anzunehmen, dass in der Höherlegung einer Strasse, durch die die Anlieger geschädigt werden, eine teilweise Enteignung der den letzteren gehörigen Grundstücke liege, und will daher die Grundsätze der Enteignung anwenden.

[5]) Ein Mittel, solche Veränderungen zu hindern, hat der Berechtigte nicht. Regelsberger a. a. O., v. Ihering in seinem Jahrb. VI. 102, S.A. VI. 252, XIX. 267, R. G. VI. 42 (= S.A. XXXVIII. 29), R. G. X 76, XXI. 35.

[6]) Wegen wirklicher Eingriffe in das Eigentumsrecht stehen dem Geschädigten natürlich die entspr. Rechtsbehelfe zu, so die negatoria wegen durch Aufschüttung von Erde an ein Haus bei Höherlegung einer Strasse in das erstere eingedrungener Feuchtigkeit. S.A. XXII. 144.

Soweit durch derartige Verfügungen keine besonderen, über den Gemeingebrauch hinausgehenden Interessen der Berechtigten beeinträchtigt werden, versagen Theorie und Praxis einmütig jeden Entschädigungsanspruch. Anders bezüglich der beeinträchtigten Anlieger, namentlich derjenigen öffentlicher Wege. Mehrere Theoretiker und eine grosse Anzahl Gerichtsentscheidungen gewähren von den verschiedensten Gesichtspunkten ausgehend hier einen Anspruch [1]).

Ganz missglückt und heutzutage auch wohl völlig aufgegeben ist der Versuch, diesen aus den römischen Quellen abzuleiten [2]).

Dernburg [3]) führt zur Begründung den von ihm aufgestellten Satz ins Feld, es sei ein Grundsatz des jetzigen Rechts, dass Massnahmen im öffentlichen Interesse, die eine Schädigung des Vermögens Privater enthielten, auf Kosten der Allgemeinheit und nicht des Einzelnen geschähen. Zu welchen sonderbaren Konsequenzen dieser Satz führt, hat Ubbelohde treffend dargethan. Er ist der Ausfluss einer naturrechtlichen Anwandlung, nach der ohne Rücksicht auf die rechtliche Begründung einfach das als Recht hingestellt wird, was der vermeintlichen Billigkeit entspricht. Mit demselben Rechte könnte man auch dem einen Entschädigungsanspruch gewähren, der dicht bei einer Kaserne, in einer sonst wenig frequentierten Gegend, eine Wirtschaft eingerichtet hat, und der sich plötzlich, nach Verlegung der Garnison in

---

Dagegen ist der Eigentümer wegen seinem Eigentum Schaden drohender Anlagen an öffentl. Strassen, soweit sie von dem Staat (oder der befugten Gemeinde) vorgenommen werden, zur Forderung einer cautio damni infecti nach Fr. 15 § 10 Fr. 24 pr. XXXIX. 2 nicht berechtigt. Die heutige Geltung dieser Bestimmung ist bestritten, dafür S.A. XXIV. 37, R.G. XXXV. 36; dagegen S.A. XXXI. 41.

[1]) Eine ausführliche Zusammenstellung giebt Ubbelohde S. 175 ff., der selbst die hier verfochtene Anschauung vertritt.

[2]) S. A. X. 166. Die dort angeführten Fr. 2 §§ 10, 12, 22 XXXXIII. 8 und Fr. 1 § 2 XXXXIII. 11 können den Entschädigungsanspruch nicht stützen.

[3]) Pandekten I. § 73. Seinen Grundsatz billigt Regelsberger § 113 zu Anm. 15.

einen anderen Stadtteil, ohne jeden Verdienst sieht. Oder der Gemeinde, die bisher ein Hauptverkehrspunkt war, und deren ganzer Verkehr nach Erbauung einer Eisenbahn nach einer dicht dabei liegenden Nachbargemeinde ihr entzogen und letzterer zugeführt wird. Auch auf diese Beispiele passt der Dernburg'sche Grundsatz; die „Billigkeit" verlangt durchaus nicht minder auch hier eine Entschädigung für das unverdiente und unvoraussehbare Missgeschick.

Wieder andere [1]), namentlich Gerichte, haben den Entschädigungsanspruch auf eine stillschweigende Garantie zurückgeführt, die bei der Widmung des Gemeingebrauchs für den Bestand der Sache in der einmal gegebenen Weise übernommen worden sein soll. Man muss aber gerade umgekehrt sagen, dass der, der sich an eine öffentliche Strasse anbaut, sich von vornherein darüber klar sein muss, dass mit der Strasse für ihn vorteilhafte oder nachteilige Veränderungen im Laufe der Zeit vorgenommen werden können. Er übernimmt mit dem Bau eines Hauses ein Risiko, bei dessen vorteilhaftem Ausgang er niemandem etwas schuldet, und bei dessen nachteiligem er von niemandem etwas zu fordern hat. Thatsächlich denkt denn auch niemand, der einen Gemeingebrauch begründet, an eine solche Garantie. Diese Konstruktion ist so gekünstelt, dass man sich dabei allerdings des von Ubbelohde ausgesprochenen Gedankens nicht erwehren kann, dass die Garantie erst nachträglich erdacht worden sei, um dem Billigkeitsgefühl zu Hilfe zu kommen und ihm zu einer rechtlichen Grundlage zu verhelfen.

[1]) Bekker § 78. Beil. II. Eb. Von der Praxis namentlich, mit ausführlicher Begründung, S.A. XXII. 144, R.G. VII. 63 (preuss. Recht: stillschweigend begründete Dienstbarkeit an der Strasse), R.G. XXXVI. 38 (preuss. Recht), XXXVII. 65 (preuss. Recht), R. G. X. 76 (franz. Recht). Das Reichsgericht gewährt einen Entschädigungsanspruch jedoch nur, soweit für den Geschädigten die Kommunikation mit der Strasse erheblich gestört ist oder ihm das Licht geraubt wird, also namentlich bei Höher- und Tieferlegung, vgl. auch R.G. XXIV. 50, XXV. 50, XXXVII. 65. Gegen die Annahme einer Dienstbarkeit R.G. III. 49 (= S.A. XXXVI. 277) für das gem. Recht, S.A. XLV. 99 (Hamburg).

Vgl. zu dieser ganzen Anm. auch S.A. XLIV. 188 (Reichsger.).

Noch weniger glücklich als die angeführten sind andere Versuche, auf die näher einzugehen nicht lohnt [1]).

Es bleibt nun einmal dabei, mag es billig sein oder nicht, jedenfalls ist es Grundsatz des heutigen römischen Rechts nicht anders als des früheren, dass das Interesse des Einzelnen dem der Gesamtheit nachstehen muss, auch ohne Entschädigung. Es giebt hunderte von Fällen, wo mit demselben Recht wie der geschädigte Anlieger auch Andere Entschädigungsansprüche verdienten, und jeder Fortschritt wäre gehemmt, wenn Staat und Gemeinde alle solche Geschädigte abfinden wollten.

Der einzige Schutz, der dem Einzelnen auch hier gewährt wird, fällt der Verwaltung zu. Die dem Gemeingebrauchsberechtigten diesbezüglich an die Hand gegebenen Mittel schaffen eine Garantie dafür, dass solche ihn schädigende Veränderungen nur vorgenommen werden, wenn das öffentliche Interesse es gebieterisch verlangt [2]) [3]).

---

[1]) Der Entschädigungsanspruch wird noch gegründet: auf einen „staatsrechtlichen" Gesichtspunkt, weil sonst niemand mehr in seinem Eigentum sicher wäre und die bedeutendsten Kapitalanlagen nutzlos gemacht werden könnten S.A. VII. 184; auf eine allgemeine Entschädigungspflicht des Staats wegen Wegnahme von Privateigentum und den Berechtigten benachteiligender Eingriffe in sonstige Gerechtsame (auch das Gebrauchsrecht an einer öffentl. Strasse) S.A. XVIII. 241; ebenso auf den in der Tieferlegung liegenden Eingriff in das Privateigentum oder Privatgerechtsame des Anliegers S.A. XXIX. 244; auf die ausdrückliche Gewährleistung der Sicherheit des Eigentums und der übrigen Rechte durch den Staat und auf den Gesichtspunkt des Nachbarrechts, insoweit der Anlieger im ordnungsmässigen Gebrauch seines Grundstücks behindert ist (auch bei Tieferlegung) S.A. XXXI. 41. — Gegen letzteres hebt R.G. III. 49 mit Recht hervor, dass eine Entschädigung aus dem Gesichtspunkt des Nachbarrechts nur erfolgen kann, wenn eine positive Beschädigung der Eigentumssubstanz stattgefunden hat, nicht aber wegen der blossen Entziehung von Vorteilen; ebenso S.A. XXXIV. 306).

[2]) Vgl. R.G. III. 49.

[3]) Der Entschädigungsanspruch wird von der Praxis nicht anerkannt: weil der Kläger kein wohlerworbenes Recht darauf habe, dass der Strassenplan der Stadt unverändert bleibe R.G. II. 65 S. 236, 242 (preuss. R.); ferner R.G. III. 49 (= S.A. XXXVI. 277, vgl. S. 40 Anm. [1]) u. 41 Anm. [1]); S.A. XVII. 121, XVIII. 5 (bez. Verlegung eines öffentlichen

§ 11.

Beendigung des Gemeingebrauchs.

Der Gemeingebrauch wird, abgesehen vom Untergang der Gemeingebrauchssache, nur beendigt durch Verfügung der Obrigkeit. Das Recht hat letzterer diese Befugnis gegeben, weil anderenfalls der einmal an einer Sache bestehende Gemeingebrauch niemals rechtlich beendigt werden könnte. Die Obrigkeit ersetzt auch hier das fehlende Rechtssubjekt. Ihre Verfügung tritt an die Stelle des Verzichts auf das Recht des Gemeingebrauchs.

Durch Nichtgebrauch geht letzteres nicht unter [1]). Denn ebenso, wie es ohne den Willen der Berechtigten erworben wird, dauert es auch ohne deren Willen fort.

Dagegen erbringt unvordenkliche Nichtausübung eine Vermutung dafür, dass der Gemeingebrauch einst rechtlich beendigt worden ist [2]).

Durch Vertrag zwischen dem Eigentümer eines dem Gemeingebrauch dienenden Grundstücks mit der Gemeinde oder dem Staat kann der früher entwickelten Theorie entsprechend, der Gemeingebrauch nicht aufgehoben werden [3]).

Flusses), XXIX. 213, XXX. 150, XXXIV. 306 (vgl. S. 41 Anm. [7]), XXXVII. 223 (Reichsger.), R.G. VI. 42 (= S.A. XXXVIII. 29), S.A. XLIV. 188 (Reichsger.), S.A. XLV. 99 (Hamburg, vergl. S. 40 Anm. [3]), S.A. L. 75 (Reichsger.) (bez. öffentlicher Flüsse), S.A. LI. 28 (Celle).

[1]) S.A. XXXIV. 7, R.G. VIII. 39 (= S.A. XXXVIII. 206).

[2]) S.A. XXXIV. 7.

[3]) A.M. Ubbelohde S. 140.

IV. Rechtliche Natur des Gemeingebrauchs.

§ 12.

Der Gemeingebrauch ist unzweifelhaft eine auf der Gemeingebrauchssache haftende dingliche Last. Diese unterscheidet sich aber von den übrigen derartigen Belastungen ganz wesentlich dadurch, dass ihr kein entsprechendes Recht gegenübersteht. Denn, wie schon mehrfach auseinandergesetzt, der einzelne Berechtigte hat kein die Belastung erschöpfendes Recht, aber auch der Allgemeinheit selbst, den Gemeinden, dem Staat, steht ein solches Recht nicht zu [1]). Andernfalls wäre die notwendige Folge die, dass bei dem sehr häufigen Fall, bei dem diese Korporationen auch Eigentümer sind, also Eigentum und Recht an der Sache in derselben Hand vereinigt sind, letzteres durch Konfusion unterginge. Danach ist das Gemeingebrauchsrecht ein subjektloses Recht, oder wie Bekker sich ausdrückt, eine objektive Gebundenheit.

Dies ist jedoch nur so zu verstehen, dass kein Subjekt besteht, dem das Recht des Gemeingebrauchs im Ganzen zustünde. Dagegen hat jeder einzelne Gemeingebrauchsberechtigte ein wirkliches Recht an der Sache, das alle Merkmale eines dinglichen Rechts aufweist und deshalb als solches anzusehen ist [2]). Seine besonderen Eigentümlichkeiten liegen darin, dass es ganz von der Zugehörigkeit zu einer

[1]) Regelsberger 113 IX., Bekker § 78 A. g., § 77 Beil. III. 2, v. Ihering in seinen Jahrbüchern X. S. 396 ff. A. M. Ubbelohde S. 125 ff., der das Gemeingebrauchsrecht als eine einer öffentlich rechtlichen Körperschaft zustehende Personalservitut auffasst. Auch die Praxis betrachtet oft Staat und Gemeinde als Rechtssubjekte: S.A. XIII. 130, XXVIII. 217 S. 422, XLIV. 163 (Braunschweig). — Wie im Text dagegen S.A. XVII. 5, XXXIV. 7.

[2]) Regelsberger § 113 VI., Bekker § 78 Beil. I., Bruns in der Zeitschrift für Rechtsgesch. III. S. 406; v. Ihering, Geist des röm. Rechts III. 1 § 61 zu Anm. 480. A.M. Dernburg I. § 72 Anm. 6: ein Ausfluss der Persönlichkeit, v. Brinz, Pandekten I. § 128, Ubbelohde S. 52 und

organisierten Personengesamtheit abhängig ist. Danach richtet sich sein Erwerb, nämlich durch Eintritt in die Gesamtheit, und sein Verlust, durch Austritt aus dieser. Deshalb kann es auch anders als auf diese Arten weder erworben noch verloren werden, und wird auf diese Arten erworben und verloren auch ohne den Willen des Berechtigten [1]).

Den Römern ist die hier entwickelte Anschauungsweise allerdings fremd gewesen. Die römische Theorie hat „das Recht des Gemeingebrauchs nicht registriert“ [2]). Überhaupt lag die Stärke der römischen Rechtswissenschaft viel mehr in der praktischen Ausbildung der Rechtssätze als in ihrer theoretischen Gruppierung. Für die praktische Seite mochte aber die weniger abstrakte und näher liegende Betrachtung, nach der die Gemeingebrauchssachen ausser alles Verkehrs, ausserhalb des commercium, stehen in den bei weitem meisten Fällen völlig ausreichen, zumal dem durch eine Störung des Gemeingebrauchs Verletzten besondere Interdikte zu seinem Schutz gegeben wurden. Wenn wir aber den Dingen auf den Grund gehen, so finden wir, dass im heutigen Recht der Begriff der res extra commercium nichts ist als ein hohler Klang, der keinerlei Berechtigung mehr hat. Die moderne Rechtswissenschaft braucht die Sachen, die ausserhalb des commercium gestellt sind, ebenso wenig wie die Menschen, denen das commercium fehlt. Man kommt bei den Gemeingebrauchssachen sehr gut mit der hier vertretenen Annahme einer auf ihnen ruhenden dinglichen Last aus. Dass die Last des Gemeingebrauchs durch privatrechtliche Akte nicht berührt wird, bietet durchaus nichts besonderes. Niemand fällt es ein, eine Sache, an der eine Dienstbarkeit, ein Pfandrecht, ein Platzrecht, eine Emphyteuse besteht, für verkehrsunfähig

---

Teil II. S. 535. — Windscheid I. § 146 erkennt den Gemeingebrauch nur als Rechtsverhältnis an. — Die Praxis erkennt die Privatrechtseigenschaft meist nicht an. So S.A XIII. 130, R.G. III. 49 (ein publizistisches Recht). S.A. XXII. 10, XXV. 74 S. 117, XXVIII. 161 S. 293, XXIX. 243, XXXVI. 95 (Bayr. Ob. Ldsger.), R.G. VI. 42 (= S.A. XXXVIII. 297, S.A. XLIV. 163 (Braunschweig).

[1]) Vgl. S.A. XLIV. 163 (Braunschweig).

[2]) v. Ihering a. a. O.

zu erklären, trotzdem auch diese dinglichen Lasten durch privatrechtliche Verfügungen ohne Willen des Berechtigten nicht beeinträchtigt werden. Die Eigenart des Gemeingebrauchs liegt darin, dass der Last kein entsprechendes Einzelrecht gegenübersteht, nicht aber darin, dass die Gemeingebrauchssache kraft Gesetzes verkehrsunfähig wäre.

Da wir nun im heutigen Recht in der theoretischen Konstruktion von den Römern gänzlich unabhängig sind [1]), so sollte man es endlich aufgeben, die Lehre vom Gemeingebrauch ganz nebenbei unter den wortlosen Begriff der res extra commercium zu behandeln und ihr den ihr im Rechtssystem gebührenden Platz unter den dinglichen Rechten, unmittelbar hinter den Dienstbarkeiten, anweisen.

V. Rechtsschutz des Gemeingebrauchs.

§ 13.

Schutz des Gemeininteresses.

Mit Recht unterscheidet Regelsberger [2]) zwischen den Rechtsmitteln zum Schutz des Gemeininteresses, und denen zum Schutz des Einzelinteresses. Mit einem anderen Ausdruck kann man sprechen von Rechtsmitteln zum Schutz des Gesamtrechts, d. h. des der dinglichen Last des Gemeingebrauchs gegenüberstehenden subjektlosen Rechts, und solchen zum Schutz des Rechts des einzelnen Berechtigten.

Der Schutz des Gesamtrechts fällt in Ermangelung eines Rechtssubjekts, also auch eines Klägers, naturgemäss den Verwaltungsbehörden zu. Soweit es sich nur um Eingriffe in das Gesamtrecht handelt, werden im allgemeinen die Behörden mit den ihnen zu Gebote stehenden polizeilichen Massregeln auskommen. Anders da, wo das Recht des Gemeingebrauchs seinem Bestehen oder seinem Inhalt nach an-

[1]) v. Ihering a. a. O.
[2]) § 114 Anfang.

gegriffen wird. Hier ist gerichtlicher Schutz notwendig [1] [2] und die Verwaltungsbehörden werden hier in Vertretung des mangelnden Rechtssubjekts als Kläger aufzutreten haben. Thatsächlich hat auch die neuere Praxis keine Bedenken gehabt, in ähnlichen Fällen den Gemeindeorganen ein solches Klagerecht zu geben [3]. Diese treten dann aber nicht etwa als Eigentümer oder als Berechtigte auf, sondern, wie gesagt, lediglich als Vertreter des mangelnden Subjekts des Gesamtrechts. Man wird aber auch den Organen des Staats, der Kirche u. s. w. im Falle eines deren Mitgliedern zustehenden Gemeingebrauchs ein derartiges Klagerecht nicht versagen können.

Man darf hier allerdings nicht weiter gehen, als dass man diesen Behörden ein Klagerecht nach § 231 C.P.O., also eine Feststellungsklage auf Anerkennung des Bestehens und des behaupteten Inhalts des Gemeingebrauchs giebt. Dies ist aber auch völlig ausreichend. Denn sind erst Bestehen und Inhalt des Gemeingebrauchs unanfechtbar festgestellt, so genügt bezüglich weiterer etwaiger Eingriffe der Schutz der Behörde, ohne dass nach dem oben Gesagten Anrufung der Gerichte nötig wäre [4].

[1] Häufig ist bis zum heutigen Tage die Zuständigkeit der Civilgerichte zum Schutz des Gemeingebrauchs überhaupt bestritten und an die Verwaltungsbehörden als zu diesem Schutz allein berechtigt verwiesen worden. So S.A. III. 148, XVII. 285 (bez. öffentliche Flüsse) S.A. XXIV. 81.

[2] Öfters wird auch der Satz aufgestellt, darüber, ob ein Weg ein öffentlicher sei, hätten die Verwaltungsbehörden zu entscheiden, z. B. S.A. XXV. 74 S. 117. Dies ist unrichtig. Bei einem derartigen Streit handelt es sich immer darum, ob ein Einzelner oder mehrere oder sämtliche Mitglieder einer gewissen Personengesamtheit ein Recht dazu haben, den Weg als öffentlichen zu benutzen. Zur Beantwortung dieser Frage muss aber darauf zurückgegangen werden, ob an diesem Weg rechtmässig der Gemeingebrauch begründet oder aufgehoben worden ist. Darüber haben allein die Gerichte zu entscheiden.

[3] Regelsberger § 114 I. — Die Befugnis der Gemeindeorgane zur Klageerhebung bei den Gemeindeangehörigen als solchen zustehenden Rechten wird z. B. anerkannt S.A. I. 1 mit Nachtrag S. 151 f., S.A. VII. 2, XXVIII. 14.

[4] Namentlich geht es nicht an, einer Gemeinde die zum Schutz des Gemeingebrauchs bestehenden Interdikte zu geben, wie es wegen

Das Urteil wirkt naturgemäss zu gunsten oder ungunsten aller einzelnen Gemeingebrauchsberechtigten [1]).

Die Zuständigkeit der Civilgerichte für diese Klage kann für den, der mit den früheren Ausführungen übereinstimmend annimmt, dass es sich hier nicht um ein öffentliches, sondern um ein reines Privatrecht handelt, keinem Zweifel unterliegen.

Es mag noch bemerkt werden, dass entsprechend die bezeichneten Verwaltungsorgane, wenn die Mitglieder einer Gemeinde, des Staats u. s. w. unberechtigt den Gemeingebrauch ausüben, von dem Eigentümer der Gemeingebrauchssache mit der negatoria verklagt werden können.

§ 14.

Schutz des Einzelinteresses.

Auch der einzelne Gemeingebrauchsberechtigte hat eine Feststellungsklage auf Anerkennung seines Rechts [2]). Das Urteil wirkt hier natürlich nur unter den Parteien. [3]) [4]).

Beschädigung einer öffentlichen Strasse mit dem interd. ne quid in loco publ. bei S.A. VIII. 50 geschieht. In jenem Falle wäre nur die negatoria für die Gemeinde als Eigentümerin begründet gewesen. — Bei S.A. XXI. 11, wo der Gemeinde dasselbe Interdikt gegeben wird, wäre die Klage auf Anerkennung am Platz. Doch führt die genannte Entscheidung mit Recht aus, dass unter Umständen, z. B. bei Gemeindebauten, die Gemeinde (als jur. Person) ein unmittelbares eigenes Interesse an der Wiederherstellung des Gemeingebrauchs haben könne. In einem solchen Falle sind denn auch die Interdikte für begründet zu erachten.

[1]) Regelsberger a. a. O. Genauer ausgedrückt, wirkt das Urteil nur für die Gemeingebrauchsberechtigten, die der Gemeinde u. s. w. angehören, deren Organe geklagt haben. Sind also die Angehörigen mehrerer Gemeinden berechtigt und eine von ihnen erstreitet ein obsiegendes Urteil, so gilt dies nicht für die übrigen Gemeinden S.A. XXIX. 139.

[2]) Bekker § 78 Beil. I. A. und Ubbelohde S. 190.

[3]) Infolgedessen ist es nicht unmöglich, dass das Recht eines Mitgliedes einer Personengesamtheit bejaht und das eines anderen verneint wird. Dagegen schafft die Anerkennungsklage der Personengesamtheit selbst (§ 13) Abhilfe, da das auf sie ergehende Urteil für und gegen alle ihre Mitglieder wirkt. Ist also das Gemeingebrauchs-

Das römische Recht hat den Gemeingebrauch allgemein nicht geschützt, dagegen zum Schutz einzelner Arten diese Interdikte gegeben, die, soweit sie die Interessen des verletzten Berechtigten schützen, noch heute praktisch sind [1] [2] und durch die Praxis zum Teil noch grössere Ausdehnung erhalten haben. Soweit sie als Popularinterdikte das Gesamtrecht schützten, haben sie jede Bedeutung verloren [3].

Diese Interdikte waren teils prohibitorisch, teils restitutorisch, welcher Unterschied auch im jetzigen Recht fortlebt [4].

---

recht eines Mitgliedes auf dessen Klage hin verneint worden, und wird später das Recht sämtlicher Mitglieder auf Klage der Personengesamtheit hin bejaht, so wird das erstere Urteil durch das letztere beseitigt. [4]) Gegen den sich ein Gemeingebrauchsrecht unberechtigt Anmassenden steht dem Eigentümer der betr. Sache die negatoria zu S.A. XXV. 74, XXVII. 258, XXVIII. 247, XXXIII. 203. Vgl. auch § 5 Anm. 2.

[1]) Regelsberger § 114 II.; Ubbelohde S. 173; Dernburg § 73 f.; Windscheid § 467 Anm. 2; Heimbach in Weiske's Rechtslex. S. 469; Sintenis, prakt. Civilrecht, 1844, I. § 40 zu Anm. 37; Bruns, Zeitschr. f. Rechtsgesch.; III. 410; Puchta, Pandekten, 6. Aufl. § 52 a. A. M. Reinhard im Arch. für Civ. Pr. XXXII. S. 214 f.; Bekker § 78 Beil. I. A. Dafür auch die allgem. Praxis. Die heutige Anwendbarkeit wird geleugnet S.A. XXIX. 140 (teilweise).

[2]) Voraussetzung ist also, dass der Verletzte ein Recht auf den Gemeingebrauch hat. Ein rein thatsächlicher, rechtlich unbegründeter Gebrauch wird durch die Interdikte nicht geschützt. — Im Gegensatz dazu bringt S.A. XXXVI. 199 (Bayr. Ob. Ldsger.) die Interdikte unter den Gesichtspunkt der widerrechtlichen Störung eines thatsächlichen Zustands und lässt sie nur summarische, der Entscheidung über das Recht nicht präjudicierende, Abhilfe gewähren. Dies ist m. E. eine Verkennung der Bedeutung dieser Rechtsbehelfe. Um „einen faktischen Zustand schleunig zu ordnen oder Gefahr und Störung der öffentl. Ordnung abzuwenden", dazu ist eben die sonst bei jeder passenden und unpassenden Gelegenheit in den Vordergrund geschobene Obrigkeit da; die Gerichte aber entscheiden hier die Rechtsfrage.

[3]) Regelsberger § 114 I.; Ubbelohde II. S. 529 ff. Ebenso die ständige Praxis, vergl. namentlich S.A. XXXII. 47. XL. 31 (Kiel), R.G. I. 59.

[4]) Regelsberger a. a. O.; Davidsohn, Rechtsschutz des Gemeingebrauchs an öffentlichen Sachen, 1889, S. 119 ff.; S.A. XLII. 32 (Braunschweig).

Danach sind dem Berechtigten heutzutage folgende Klagen gegeben:

1. Zum Schutz des Gemeingebrauchs an öffentlichen Grundstücken:

a) Das Interdictum ne quid in loco publico vel itinere fiat [1]). Es umfasst zwei prohibitorische Interdikte: a. ne quid in loco publico fiat, quo damnum privato detur, b. ne quid in via publica itinereve publico fiat immittatur quo ea via idve iter deterius sit fiat; und ein restitutorisches: quod in via publica itinereve publico factum immissum habitum est, ut restituatur [2]).

Zwischen diesen drei Interdikten wird in der neueren Praxis ein Unterschied nicht gemacht [3]). sie sind vielmehr zu einem sowohl prohibitorisch wie restitutorisch wirkenden Rechtsschutzmittel vereinigt. Die Interdikte schützen den, der durch Anlagen auf öffentlichen Wegen oder Plätzen oder durch das Gemeingebrauchsrecht beeinträchtigende Vornahmen an solchen geschädigt ist oder geschädigt werden wird. Sie gehen gegen den, der die Anlage oder die anderen Massnahmen vorgenommen und die Anlage inne hat [4]) [5]). Das interdictum ne quid . . . fiat, quo damnum . . . . detur bezieht sich nach Ubbelohde [6]) nur auf solche Gemeingebrauchsgrundstücke, die im Eigentum des Staats oder einer Gemeinde stehen. Dies ist irrig. Vielmehr beziehen sich alle drei Interdikte auf alle Gemeingebrauchssachen, einerlei in wessen Eigentum sie stehen. Ubbelohde kommt zu seiner

[1]) Tit. D. XXXXIII. 8.

[2]) Ubbelohde S. 213 ff. Davidsohn S. 16 ff.

[3]) Regelsberger § 114 II. 1 Anm. 8. Von der Praxis wird ein Unterschied meines Wissens nur gemacht SA. XXIX. 140 (vgl. S. 51 Anm. [2]).

[4]) Gleichgiltig ist, ob der schuldige Inhaber die Anlage in eigenem oder fremdem Namen unternommen hat SA. VIII. 50.

[5]) Beklagte kann auch eine Gemeinde oder sonstige juristische Person sein S.A. XVI. 116, ausgenommen die zur Regelung des Gemeingebrauchs berufene, wenn sie rechtmässige Verfügungen über den Weg trifft, R.G. III. 49, SA. XXXIV. 90, XXXVI. 95, LI. 28 (Celle), wohl aber bez. unrechtmässiger Massnahmen, vgl. S.A. XIX. 235.

[6]) S. 202 ff. So auch Heimbach in Weiske's Rechtslex. V. S. 591 I, 1, Stölzel in Ihering's Jahrb. VIII. 156.

Ansicht durch die Auffassung der loca publica als solcher Grundstücke, die sich in staatlichem oder Gemeindeeigentum befinden. Er stützt dies auf Fr. 2 §§ 3 ff. XXXXIII. 8. Ich lese gerade aus dieser Stelle das Gegenteil heraus. Sie lautet: § 3. Publici loci appellatio quem admodum accipiatur, Labeo definit, ut et ad areas et ad insulas et ad agros et ad vias publicas itineraque publica pertineat. §. 4. Hoc interdictum ad ea loca, quae sunt in fisci patrimonio non pertinere puto: res enim fiscales quasi propriae et privatae principis sunt. Igitur et si quis in his aliquid faciat, nequaquam hoc interdictum locum habebit; sed si forte de his sit controversia, praefecti eorum iudices sunt. § 5. Ad ea igitur loca hoc interdictum pertinet, quae publico usui destinatae sunt, ut, si quid illic fiat, quod privato noceret, praetor intercederet interdicto suo. M. E. ist diese Stelle so zu erklären: In § 3 führt Ulpian zur Erläuterung des Begriffes des locus publicus mehrere, ganz verschiedenartige Beispiele an. In § 4 sagt er dann: Jedoch nicht alle öffentlichen Sachen (wie man nach § 3 annehmen könnte) fallen unter diesen Begriff. So nicht die in patrimonio fisci stehenden. Denn an diesen besteht ja kein Gemeingebrauch, sie stehen gleichsam im Eigentum des Kaisers. Wenn deshalb jemand auf ihnen etwas einen Privaten Störendes vornimmt, so hat dieser sich an den praefectus um Abhilfe zu wenden. § 5. Dagegen bezieht sich das Interdikt auf alle öffentlichen Sachen, die im Gemeingebrauch stehen.

Diese Auffassung wird ganz bedeutend dadurch unterstützt, dass, wie auch Ubbelohde annimmt, bei den beiden anderen hierher gehörigen und oben erwähnten Interdikten die via publica offenbar auch die Wege umfasst, die in Privateigentum stehend, dem Gemeingebrauch dienen. Dieselben viae publicae werden aber doch in § 3 als Beispiele der loca publica aufgeführt.

Die Interdikte ne quid in via publ. und quod in via publ. betrachteten als solche nur nichtstädtische Wege, weil die Fürsorge für die städtischen den Behörden obliege [1]).

[1]) Fr. 2 § 24 XXXXIII. 8.

Thatsächlich war denn auch in Rom die behördliche Aufsicht über städtische Strassen [1]) unvergleichlich besser geregelt als die über nichtstädtische. Der Grundgedanke der Bestimmung der Pandekten war demnach ein rein polizeilicher. Heute, wo aber auch die nichtstädtischen Wege sich einer umfassenden polizeilichen Aufsicht zu erfreuen haben, ist der Grund der Beschränkung, und damit auch letztere selbst, weggefallen [2]). In der Praxis hat sie denn auch keinen Boden mehr.

Somit bezieht sich die hier behandelte Klage auf alle im Gemeingebrauch stehenden Grundstücke [3]).

Voraussetzung der Klage ist ein factum oder immissum an den Gemeingebrauchsgrundstücken. Es kann bestehen in jeder den Berechtigten schädigenden Anlage auf dem Grundstück, Bau, Abladen von Schutt, Aufgraben des Wegs, Überhängenlassen einer dem Berechtigten das Licht raubenden Markise auf das Gemeingebrauchsgrundstück oder in den Gemeingebrauch schädigenden anderen Einwirkungen auf letzteres, sogenannten Immissionen, z. B. Leiten von Wasser auf den Weg, Beeinträchtigung durch üble Gerüche (§ 29 a. a. O.), oder durch übermässigen Rauch [4]) [5]).

---

[1]) Vgl. Tit. D. XXXXIII. 10.

[2]) A. M. Ubbelohde S. 261 ff. Noch eingeschränkter Heimbach in Weiske's Rechtslex. V. S. 593 ff.; S.A. XXIX. 140 schliesst umgekehrt aus dem Bestehen von Behörden zur Aufsicht über nichtstädtische Strassen auf Unanwendbarkeit der beiden Interdikte de via publica im heutigen Recht.

[3]) Derselben Ansicht Reinhard im Arch. für Civ. Pr. XXXII. S. 202.

[4]) Weitere Beispiele aus der Praxis: Erhöhung eines Leinpfads und dadurch erschwerter Zugang zu dem Nachbargrundstück SA. V. 27; Anlegung eines Kanals in einer Strasse SA. VIII. 50; Absperrung eines öffentl. Wegs S.A. XIX. 235; nachteilige Zuleitung von Regenwasser S.A. XXVII. 133.

[5]) Das Interdikt findet dann keine Anwendbarkeit, wenn durch Veränderungen an dem Weg nicht das Gemeingebrauchsrecht eines Anliegers beeinträchtigt wird, sondern nur sein Grundstück, z. B. durch veränderten Wasserablauf, Schaden leidet. Natürlich stehen in einem solchen Fall dem Eigentümer andere Rechtsbehelfe, negatoria, actio aquae pluviae arcendae, zu Gebote S.A. XXVII. 135.

Der Klageanspruch geht auf Verbot der Anlage unter Strafandrohung für den Fall weiterer Zuwiderhandlung [1]) (nach § 775 C.P.O.), auf Beseitigung der Anlage, bezw. Unterlassung der Einwirkung und Herstellung des früheren Zustandes [2]), schliesslich auf Schadensersatz. Von dem nichtschuldigen Inhaber der Anlage kann nur Gestattung der Beseitigung verlangt werden [3]).

Ist ein Gebäude ohne Widerspruch vollendet, so kann mit dieser Klage seine Beseitigung nicht verlangt werden. Letztere anzuordnen, ist Sache der Obrigkeit [4]). Dagegen kann Beseitigung mit dem interdictum quod viant clam gefordert werden, falls dessen Voraussetzungen vorliegen [5]).

Hat der Bauende von der zuständigen Behörde die schlichte Genehmigung zum Bau erhalten, so hat er trotzdem kein Recht, den Gemeingebrauch eines Interessierten zu schädigen [6]). Thut er es dennoch, so geht das Interdikt gegen ihn [7]). Anders denn, wenn ihm die Behörde den Bau auch unter der Bedingung, dass Andere durch ihn beeinträchtigt würden, gestattet hat. Diese Ausdehnung der Erlaubnis braucht nicht ausdrücklich zu geschehen. Es genügt, dass die Obrigkeit, trotzdem ihr unzweifelhaft bekannt war, dass

[1]) Ubbelohde S. 233.

[2]) S.A. VIII. 50.

[3]) Regelsberger § 114 II. 1a. Der Schadensersatzanspruch setzt überhaupt bei sämtlichen zum Schutz des Gemeingebrauchs gegebenen Interdikten ein Verschulden des Beklagten voraus (abgesehen von der Zeit nach der Klageerhebung) R.G. XVI. 31. A. M. R.G. XXI. 35. Dagegen die frühere Ansicht wieder annehmend R.G. XXX. 40.

[4]) Fr. 2 § 17 Fr. 7 XXXXIII. 8 S.A. XXIX. 141.

[5]) Reinhard a. a. O. S. 207. Stölzel a. a. O. S. 157.

[6]) Fr. 2 § 16 XXXXIII. 8. Dies ist analog auf alle konzessionierten Anlagen auf öffentlichen Wegen auszudehnen, z. B. auf das Legen von Trambahnschienen in gefährlicher Weise, vgl. S.A. XLI. 271 S. 404 (Bayr. Ob. Ldsger.).

[7]) S.A. XXXVI. 5 (Braunschweig) verweist in einem solchen Fall auf den Verwaltungsweg, versagt also das Interdikt. Wie dieses Erkenntnis dies aus Fr. 2 §§ 10, 16 XXXXIII. 8, die es anführt, herauslesen kann, verstehe ich nicht.

der Bau in der nachgesuchten Art Berechtigte schädigen würde, die Genehmigung schlechthin erteilt hat [1]). In einem solchen Falle kann der Geschädigte keinerlei Ansprüche machen. Es bleibt ihm hier nur die Beschwerde im Verwaltungsweg übrig.

b) Interdictum ut via publica itinereve publico ire agere liceat [2]). Es ist prohibitorisch. Es schützt den Berechtigten gegen solche drohenden Arten der Verhinderung am Gebrauch eines Weges, die sich nicht als Anlagen oder Immissionen darstellen [3]). Klageanspruch ist Unterlassung der Behinderung und Schadensersatz.

c) Ferner wird hieher noch gerechnet das Interdictum de via publica et itinere publico reficiendo [4]). Es steht dem einen Weg beliebiger Art Ausbessernden, der daran gehindert wird, gegen den Störenden zu. Es ist prohibitorisch und verlangt Beseitigung der Störung und Schadensersatz. Daraus ergiebt sich, dass dieses Interdikt gar nicht hierher gehört. Denn die Ausbesserung eines Weges ist kein Ausfluss des Gemeingebrauchsrechts des Einzelnen, also dient eine die Ausbesserung schützende Klage auch nicht zum Schutze eines solchen Rechts.

---

[1]) S.A. V. 134. A. M. Ubbelohde S. 242.

[2]) Fr. 2 § 45 XXXXIII. 8; Ubbelohde S. 278 ff.; Heimbach in Weiske's Rechtslex. V. S. 595 f. Bei Ubbelohde auch Beispiele der Anwendbarkeit. — Auch dieses Interdikt wird von der Praxis meist nicht von den drei vorher erwähnten geschieden, sondern gleichfalls unter den Begriff des int. ne quid in loco publ. gebracht. Es ist aber empfehlenswert, es wegen seines rein prohibitorischen Charakters von den übrigen drei unter diesem Begriff zusammengefassten Interdikten zu trennen.

[3]) Beispiele aus der Praxis: wegen eines durch einen Gemeinderatsbeschluss hervorgerufenen forstamtlichen Verbots der Benutzung eines Waldwegs gegen die Gemeinde R.G. XXI. 35, wegen Absperrung eines Wegs S.A. XLV. 183 (Braunschweig) (wegen einer solchen ist meist auch das int. ne quid in publ. loco gegeben, da zwecks Absperrung eine Anlage auf dem Weg nötig ist).

[4]) Tit. D. XXXXIII. 11; Ubbelohde S. 315 ff.; Heimbach a. a. O. S. 585 f.

2. Zum Schutz des Gemeingebrauchs an öffentlichen Flüssen [1]) dienen

a) das interdictum ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur [2]). Es umfasste zwei Interdikte, ein prohibitorisches und ein restitutorisches.

Die jetzige Klage schützt den Interessenten gegen alle Anlagen in öffentlich fliessenden Gewässern oder Einwirkungen auf solche, die die Schifffahrt beeinträchtigen [3]). Im übrigen gilt für diese Klage Entsprechendes wie für das int. ne quid in loco publ. Es ist hier noch zu bemerken, dass das Interdikt auch bezüglich solcher Anlagen in nichtschiffbaren öffentlichen Flüssen gegeben ist, die mittelbar die Schiffahrt an dem Hauptfluss, in den sie münden, stören. Doch kann hier nur Gestattung der Beseitigung des Hindernisses gefordert werden [4]).

b) Das interdictum ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat atque uti priore aestate fluxit [5]) zerfiel gleichfalls in ein prohibitorisches und ein restitutorisches. Es schützt gegen Anlagen und andere Massnahmen in dem öffentlichen fliessenden Gewässer oder an dessen Ufern, die verschulden, dass das Wasser in anderer Stärke oder Art [6]) fliesst als im

---

[1]) Der Begriff des öffentlichen Flusses bestimmt sich bezüglich der Interdikte nach den römischen Anschauungen. So Theorie und Praxis meines Wissens einmütig.

[2]) Tit. D. XXXXIII. 12: Ubbelohde S. 505 ff.; Heimbach S. 543 ff.

[3]) Auf andere Arten des Gemeingebrauchs als die Schiffahrt ist dieses Interdikt nicht auszudehnen SA. XXII. 197.

[4]) Fr. 1 § 12 XXXXIII. 12.

[5]) Tit. D. XXXXIII. 13; Ubbelohde S. 514 ff., Heimbach S. 589 f.

[6]) Das Interdikt ist also begründet, wenn die Menge des Wassers vergrössert oder vermindert ist, oder wenn das Wasser infolge von Anlagen oder anderen Massnahmen (Verengerung oder Verbreiterung des Flussbetts, Errichtung eines Wehrs u. s. w.) schneller oder langsamer fliesst. Fr. un. § 3 XXXXIII. 13. Nicht aber dient das Interdikt zur Beseitigung von Verunreinigungen des Flusses, wie R.G. XVI. 31 anzunehmen scheint, da solche auf den Lauf des Wassers (cursus) ohne Einfluss bleiben. Vgl. S. 55 Anm. [8]).

vorhergehenden Sommer [1] [2]). Auch hier gilt Entsprechendes wie für das interd. ne quid in loco publ. [3]). Hinzuzufügen ist, dass dieses Interdikt im Gegensatz zu dem vorhergehenden nach richterlichem Ermessen durch die Einrede entkräftet werden kann, dass die fragliche Anlage dem Schutze des Ufers diene [4]). Die Einrede wird durchschlagen müssen, wenn der durch die Anlage verursachte Schaden des Klägers geringer ist als der bei ihrem Unterbleiben hervorgerufene Nachteil des Beklagten. [5]).

c) Das prohibitorische Interdictum ut in flumine publico navigare liceat [6]) entspricht völlig dem interd. ut in via publ. ire agere liceat. Es bezieht sich auf öffentliche Gewässer jeder Art: Flüsse, Kanäle, Seen u. s. w. Es schützt nicht nur die Schiffahrt, sondern jede Art des Gemeingebrauchs [7]) [8]).

---

[1]) Beispiele der Anwendung aus der Praxis: wegen Anlegung eines Wehrs und dadurch verursachter zeitweiliger Überschwemmung der Nachbargrundstücke (in Konkurrenz mit dem int. 2a S.A. IV. 96; wegen anderer, Schädigungen verursachender Stauungen S.A. IX. 161, X 168, XXIII. 104; wegen Änderungen in dem bisherigen Lauf und dem Verhältnis der bisherigen Wasserbenutzung S.A. X. 167; wegen zeitweiliger Entziehung des Wassers und störender Immissionen S.A. XIV. 38; daselbst, wenn die Anlagen in einem Ableitungsgraben, dessen Wasser wieder zu dem Fluss zurückgeleitet wird, und dessen Grund und Boden Eigentum Privater ist, vorgenommen wird (dazu ist zu bemerken, dass in einem solchen Falle der Grund und Boden nicht in Eigentum Privater steht, sondern selbst einen Teil des öffentlichen Flusses bildet, d. h. im Staatseigentum steht, Fr. 1 § 8 XXXXIII. 12, S.A. XXI. 206; anders wenn das Wasser nicht zum Fluss zurückgeleitet wird); wegen Einrammens eines Brückenpfeilers und dadurch hervorgerufener Wasserstauung S.A. XVII. 246. wegen des durch Nichtzurückleitung des einem Fluss entnommenen Wassers dem Müller entstandenen Schadens R.G. XV. 38 (vgl. S. 19 Anm. [5]).

[2]) Wird die Klage also im Sommer angestrengt, so ist der Zustand des nächstvorhergehenden Sommers massgebend SA. XIV. 38.

[3]) Namentl. auch bez. des auf S. 49 Anm. [4]) Erwähnten, S.A. XXXIII. 131.

[4]) Fr. un. § 6 a. a. O.

[5]) Ubbelohde S. 520.

[6]) Tit. D. XXXXIII. 14; Ubbelohde S. 232 ff. Heimbach S. 625 ff.

[7]) Vgl. Fr. un. § 5 a. a. O. S.A. XVII. 99, 224 (s. Anm. [8]). Diese Anwendbarkeit des Interdiktes auf jede Art des Gemeingebrauchs verkennt S.A. XXII. 213, wenn es meint, zum Schutz der Entnahme von Wasser aus öffentl. Flüssen sei kein Interdikt gegeben. [8]) S.A. XVII. 224

d) Das prohibitorische interdictum de ripa munienda [1]) zum Schutze von Ausbesserungen der Ufer öffentlicher Gewässer entspricht dem interd. de via publ. refic. und gehört aus demselben Grunde wie jenes nicht hierher.

3. Ferner giebt es ein prohibitorisch und restitutorisch wirkendes Interdictum de cloacis [2]) zum Schutz gegen

giebt das Interdikt wegen Verunreinigung eines öffentl. Flusses. Mit Recht, denn durch die Verunreinigung kann jemandes Gemeingebrauch ebensogut beeinträchtigt oder sogar völlig aufgehoben werden, wie durch sonstige Störungen. Sie enthält eben eine mittelbare Behinderung am Gebrauch. Es steht dieser analogen Anwendung des Interdikts auch in anderen Fällen als denen des § 7 Fr. un. umsoweniger etwas im Wege, als sie nur eine zeitgemässe Fortbildung der bereits von den römischen Juristen begonnenen ist. Vgl. noch S.A. XLII. 32 (Braunschweig), S.A. L. 76 (Bayr. Ob. Ldsger.), aus welch' letzterem Erkenntnis jedoch nicht deutlich ersichtlich ist, ob die Verurteilung auf Grund dieses Interdikts oder etwa des int. ne quid in fl. publ. erfolgt ist (vgl. a. a. O. S. 135 oben). Unter Umständen kann auch das interd. quod. vi aut clam durch Verunreinigungen begründet werden. Schliesslich steht dem geschädigten Gemeingebrauchsberechtigten, wenn er zugleich Eigentümer eines anliegenden Grundstücks ist, dann die negatoria zu, wenn infolge der Verunreinigung des Flusses aus diesem aufsteigende, unangenehme Dünste oder Gase in sein Eigentum eindringen (sog. mittelbare Immission) S.A. XXXII. 18, XXXIV. 11. R.G. XVI. 31 scheint wegen Verunreinigung des interd. ne quid in fl. publ. fiat, quo aliter aqua fluat zu geben; vielleicht thut dies auch S.A. L. 76. Vgl. darüber S. 54 Anm. [6]). Keinen Entschädigungsanspruch wegen Verunreinigung gewähren S.A. XXXII. 141. XXXIV. 11. Letzteres Erkenntnis giebt wenigstens nur die negatoria unter den eben ausgeführten Voraussetzungen. Dagegen heisst es dort weiter, der Gemeingebrauch gewähre kein Privatrecht auf Brauchbarkeit des Wassers zu irgend welchem Zweck, vielmehr könne jeder das Wasser nur so benutzen, „wie es sich nach dem Gebrauch, der überhaupt von dem Flusse gemacht wird, darstelle." Letzteres ist, wenn es heissen soll, dass jeder das Wasser nur so benützen könne, wie der Fluss es ihm darbietet, unzweifelhaft richtig. Aber er hat auch ein Recht darauf, es so gebrauchen zu können, wie es ihm der Fluss von Natur bietet, und nicht so, wie es nach der willkürlichen Verunreinigung durch jeden Beliebigen geworden ist. Freilich kann der Staat jemandem das Recht verleihen, in einen Fluss keine üblen Gerüche verbreitende, verunreinigende Abfallstoffe zu leiten, und dieses Recht geht dann als Sondernutzungsrecht dem des Gemeingebrauchs vor (§ 15).

[1]) Tit. D. XXXXIII. 15. Ubbelohde S. 538 ff. Heimbach S. 570 f.

[2]) Tit. D. XXXXIII. 23; Heimbach S. 543.

Anlagen und Massnahmen an öffentlichen Abzugskanälen. Es entspricht dem int. ne quid in loco publ.

4. Schliesslich ist dem Interessenten die operis novi nuntiatio gegen eine Bauthätigkeit auf öffentlichen Grundstücken oder in öffentlichen Flüssen nicht zu versagen [1]), falls man sie überhaupt für noch praktisch hält.

5. Ausser den bisher erwähnten Klagen stand in Rom, dem, der von einem Andern bewusst rechtswidrig am Gemeingebrauch verhindert worden war, gegen diesen die actio iniuriarum zu. Falls man sie für durch das St. G. B. nicht völlig beseitigt erachtet, was bekanntlich sehr bestritten ist [2]), ist sie hier auch heute noch begründet. Ihren praktischen Wert für den Schutz des Gemeingebrauchs vermag ich bei der heutigen Ausbildung des Strafrechts allerdings nur für ganz verschwindend, wenn nicht für ganz imaginär, zu erachten [3]).

Für alle zum Schutz des Gemeingebrauchs gegebenen Interdikte gilt, dass sie endgültige Rechtsbehelfe sind und der dreissigjährigen Verjährung unterliegen.

Mit den bisher behandelten Klagen ist der Rechtsschutz des Gemeingebrauchs erschöpft. Etwaige Mängel des Schutzes, die sich durch die veränderten wirtschaftlichen Umstände erklären, sind durch analoge Anwendung und ausdehnende Auslegung der gegebenen Klagen zu beseitigen. Dies hat denn die Praxis auch schon häufig gethan.

Dagegen geht es nicht an, wie Bekker [4]) es thut, die Interdikte wegen etwaiger, wohl meist nur scheinbarer Mängel über Bord zu werfen und an ihrer Stelle dem Berechtigten eine quasi confessoria zu geben. Dies ist vollkommen will-

---

[1]) Regelsberger § 114 II. 4; Ubbelohde S. 167; Davidsohn S. 69 ff. — S.A. IX. 161, XXXI. 41.

[2]) Für das Bestehen Regelsberger § 114, 5; Ihering in seinem Jahrb. XXIII. S. 192 ff.; Dernburg II. § 137; S.A. XXII. 213. Dagegen Windscheid § 472; Mandry, Civilrechtl. Inhalt der Reichsges. 2. Aufl. § 22.

[3]) Ubbelohde S. 201 f.

[4]) § 78 Beil. I. A β.

kürlich und ausserdem auch wohl zwecklos. Denn durch die quasi confessoria ist nicht mehr zu erreichen als durch die Interdikte [1]). Wenigstens ist dies der Fall, wenn man, wie es der richtigen Auffassung entspricht, auch die prohibitorischen Interdikte den Beklagten für allen vor der Klageerhebung verursachten Schaden ersatzpflichtig machen lässt [2]). Zudem wird der Thätigkeit der Behörde doch immer ein gut Teil überlassen bleiben müssen. Zeigen sie sich rührig und ihrer schwierigen Aufgabe gewachsen, so reichen unsere Interdikte sehr wohl aus, im andern Fall werden alle Rechtsbehelfe der Welt immer noch Lücken und Schäden bestehen lassen.

VI. Die Sondernutzungsrechte an Gemeingebrauchssachen.

§ 15.

Es erübrigt noch, den einzelnen Personen an Gemeingebrauchssachen zustehenden, ausserhalb des Gemeingebrauchs liegenden Sondernutzungsrechten einige Worte zu widmen. Derartige Rechte sind sehr häufig. Ihre Existenzberechtigung beruht darauf, dass viele Gemeingebrauchssachen eine wirtschaftliche Verwendung einer bestimmten Art zulassen, die ihrer Natur nach nicht Allen zustehen kann, so namentlich die Ausnutzung der Triebkraft öffentlicher Flüsse. Dennoch wäre es ein grosser Nachteil, diese Ausnutzung deshalb allen zu verschliessen. Thatsächlich wurden denn auch schon im

[1]) Ubbelohde S. 191.

[2]) Für diese Wirkung der prohibit. Interd. Ubbelohde, Teil II. S. 516 ff. und die dort bei Anm. 46 Angeführten. Von der Praxis ausdrücklich dafür: bez. interd. ut. . . . navig. lic. S.A. XVII. 224, ferner ganz allgemein bez. der Gemeingebrauchsinterdikte R.G. XXX. 40, S.A. XLII. 32 (Braunschweig); dagegen S.A. XXII. 144.

römischen Recht solche Sondernutzungsrechte eingeräumt und bei den heutigen Fortschritten der Industrie erlangen sie immer grössere Bedeutung.

Sie sind Privatrechte des Einzelnen und zwar dingliche [1]) verschiedener Art, teils servitutähnlich, teils mehr zur Superficies hinneigend. Soweit nichts anderes bestimmt ist, sind sie veräusserlich und vererblich [2]).

Die Sondernutzungsrechte lassen den Gemeingebrauch teils unberührt, teils schränken sie ihn ein [3]). Es liegt in der Natur der Sache, dass diese Einschränkung auf das äusserste Mass zurückzuführen ist; diese Rechte sind schonend auszuüben.

Ihr einziger Entstehungsgrund ist die obrigkeitliche Verleihung, die auch Art und Umfang bestimmt [4]). Der Beweis dereinstiger rechtmässiger Begründung kann durch den Nachweis unvordenklicher Ausübung ersetzt werden [5]). Es muss

---

[1]) Regelsberger § 115, 1; Bekker § 78 Anl. I. B.; Dernburg I. § 72, Anm. 7.

[2]) S.A. XVIII. 198 verlangt bei veräusserlichen Rechten wegen des obwaltenden öffentl. Interesses Zustimmung der Behörde bez. der Person des Erwerbers.

[3]) In Ermangelung näherer Bestimmung erfolgt die Einschränkung nur insoweit, als sie zur Ausübung des Sonderrechts unbedingt nötig ist. So dürfen die Anlieger eines öffentlichen Flusses einer Mühle nicht das zu deren Betrieb unbedingt erforderliche Wasser wegnehmen S.A. II. 143. Andrerseits hat der Müller nicht ohne weiteres ein die Wiesenbewässerung ausschliessendes oder beschränkendes Recht S.A. XXVI. 255. Dagegen irrt SA. XXXI. 107, wenn es das Recht des Müllers durch den Gemeingebrauch absolut beschränken lässt. (Vgl. dagegen S.A. XXXI. 253). Denn in Kollisionsfällen muss sich das Sondernutzungsrecht als dem Gemeingebrauchsrecht überlegen bewähren.

[4]) S.A. XXI. 67, XXIII. 110, XLVII. 261 (Reichsger.). Nach S.A. XXX. 114 soll in der Konzession gewisser bleibender, insbesondere industrieller Werke, wie Mühlen, Fabrikgebäude, kein ein besonderes Vorzugsrecht begründeter Rechtsakt liegen. Ebenso R.G. XVIII. 53 bez. der Mühlen.

[5]) Regelsberger § 115, 2 Bekker a. a. O., Ubbelohde S. 149, Hesse in Ihering's Jahrb. VII. S. 275 ff., Wappäus S. 24 ff., und die stehende Praxis. Der Nachweis unvordenklicher Ausübung eines den Umfang

aber eine wirklich über das Mass des Gemeingebrauchs hinausgehende Ausübung nachgewiesen werden. Die Ersitzung ist ausgeschlossen. Dies ist allerdings nicht unbestritten. Es giebt hierüber zwei sich anscheinend widersprechende Quellenstellen [1]), von denen eine die Möglichkeit der Ersitzung eines ausschliesslichen Fischereirechts an einem deverticulum fluminis publici anerkennt, die andere die Ersitzung von Sondernutzungsrechten bestimmt leugnet. Ubbelohde [2]) hat die erstere Stelle völlig befriedigend dahin erklärt, dass deverticulum fluminis einen toten und deshalb nicht dem Gemeingebrauch unterliegenden Flussarm oder einen mit dem Fluss nur bei Überschwemmungen verbundenen Wasserbehälter bedeute, an denen dann Dienstbarkeiten freilich ersessen werden können [3]). Übrigens folgt die Unmöglichkeit der Ersitzung schon daraus, dass nach den früheren Ausführungen den Gemeingebrauch beeinträchtigende Rechte an Gemeingebrauchssachen überhaupt nicht ersessen werden können.

Die Verleihung seitens der Obrigkeit wird im allgemeinen nur dann zu erfolgen haben, wenn der für die Allgemeinheit zu erwartende indirekte Vorteil (aus anzulegenden Mühlen, Elektrizitätswerken u. s. w.) grösser ist als die Benachteiligung durch Einschränkung des Gemeingebrauchs [4]).

Sie geschieht durch dieselbe Behörde, der die Überwachung und Regelung des Gemeingebrauchs obliegt [5]). Sondernutzungsrechte, die bereits früher erteilten zuwiderlaufen, sind nicht zu verleihen. Bei Kollisionen geht das ältere Recht vor [6]). An Gemeingebrauchssachen im Eigentum

---

des Gemeingebrauchs nicht überschreitenden Rechts genügt zum Beweis eines Sondernutzungsrechts nicht S.A. XXXII. 299. XXXII. 189 (Jena), R.G. VIII. 34.

[1]) a. Fr. 7 XXXXIV. 3 (Marcian), b. Fr. 45 pr. XXXXI. 3 (Papinian).

[2]) S. 158.

[3]) Vgl. über diese Stellen noch Elvers, Röm. Servitutenlehre, 1856, S. 274 ff.; Unterholzner, Verjährungslehre I. § 55, Anm. 179.

[4]) Die Ersitzung schliessen aus S.A. XXI. 67. XXII. 10, XXIII. 110, XXIV. 10, R.G. XXIII. 31. Für möglich erklärt sie SA. XXX. 114.

[5]) Regelsberger a. a. O.

[6]) Hesse a. a. O. S. 281, S.A. XXX. 114 giebt den verschiedenen Berechtigten gleichmässige Ausübung.

Privater können Sondernutzungsrechte nicht verliehen werden [1]). Denn darin läge eine ohne Einwilligung des Privaten erfolgte schwerere Belastung der Sache. Hat der Private vorher sein Einverständnis erklärt, so steht der Verleihung nichts im Wege.

Die Beendigung der Sondernutzungsrechte erfolgt nach den für das dingliche Recht, dem sie sich anschliessen, geltenden Regeln [2]). Insoweit ist auch ein Erlöschen durch Nichtgebrauch möglich [3]). Durch Widerruf der verleihenden Obrigkeit erlischt das Recht nur, wenn dieser Widerruf vorbehalten war.

Der Rechtsschutz der Sondernutzungsrechte [4]) erfolgt im heutigen Recht durch die für die verwandten dinglichen Rechte bestehenden Rechtsbehelfe. Daneben hat der Berechtigte zum Schutze seines Gemeingebrauchs natürlich auch die entsprechenden Klagen.

Zum Schluss sei noch bemerkt, dass die von Bekker [5]) als Sondernutzungsrechte betrachteten Vorzugsrechte der Anlieger keine solchen sind. Der Anlieger hat vermöge seines Anliegens allerdings mancherlei Vorteile von der Gemeingebrauchssache, die den anderen Berechtigten nicht oder nicht in dem Masse zukommen. Aber diese Vorteile sind rein thatsächlicher Natur und auf ihre Fortdauer hat der Anlieger kein durch irgendwelche Rechtsbehelfe geschütztes Recht [6]). Ist ihm aber ein wirkliches Sondernutzungsrecht eingeräumt, so unterscheidet sich dieses nicht von dem einem Nichtanlieger zustehenden.

---

[1]) Regelsberger a. a. O.

[2]) Regelsberger § 115, 3.

[3]) Hesse a. a. O. S. 282.

[4]) S.A. XIV. 247 erklärt bei Streit über Inhalt und Umfang solcher Rechte die Civilgerichte für unzuständig.

[5]) § 78 Beil. I. B. a.

[6]) Ebenso Ubbelohde S. 163 ff.